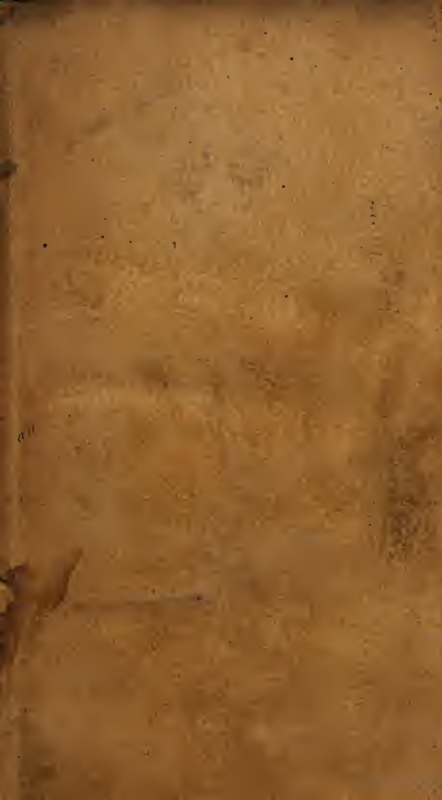


B 10
5
424
BIBLIOTECA NAZIONALE
CENTRALE - FIRENZE

*R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE*
*FIRENZE*

LIBRI

DONATI DAL

DOTTOR ANNIBALE GIULIONI

GIURISTA

**Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807**
**e morto il 1º Dicembre 1895 in Firenze.**

***16 Maggio 1896***

# JO. GOTTL. HEINECCII

JURECONSULTI QUONDAM CELEBERRIMI

# RECITATIONES

*IN ELEMENTA JURIS CIVILIS*

SECUNDUM ORDINEM INSTITUTIONUM.

*ACCEDUNT*

JO. CHRIST. GOTTL. HEINECCII

CONSIL. AUL. PRUSS. ET ANTEC.

COMMENTARIUS

DE VITA, FATIS AC SCRIPTIS B. PARENTIS

*AUCTIOR ET EMENDATIOR.*

CHRISTIANI THOMASII

DELINEATIO HISTORIÆ JURIS

NEC NON BURC. GOTTELF. STRUVII

BIBLIOTHECA JURIS SELECTISSIMA

CUM NOTIS HEN. CONTELMANNI

Ubi præstantiora Jurisconsultorum Opera ad nostra usque tempora referuntur.

TOMUS I.



VENETIIS

APUD HÆREDES BALLEONIOS

MDCCCXXIV.

B. 10. 5. 424

# JUSTINIANISTIS

S. P. D.

EDITOR.

*Vos jam compello,* JUSTINIANISTÆ, cupidi legum juvenes: *vobis enim merito, ac vestro quodam jure dico addico, quas jam publici juris facio, prælectiones in* Gottl. Heineccii *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum, ab ipso eorumdem auctore vestro unicè usui ac bono conscriptas olim ac recitatas. Natæ autem illæ sunt tum, quum in celebri Frisiorum academia, quæ Franequeræ floret, Antecessor jus civile publice profiteretur, scholasque in Elementa sua non sine summo auditorum plausu fructuque uberrimo institueret. Mos enim ei erat, statim ex quo publicus doctor constitutus esset, adsumptus, constanter postea servatus, ac sero demum, tum scilicet, quum exercitatum satis se dicendo dicendoque sentiret, desuetus, ea, de quibus in cathedra exponere vellet, litteris ante mandandi. Qua via & ratione id se consecuturum putabat, quod consecutus quoque est, ut rite ordinata dispositaque omnia essent, quæ docere vellet, ut filum dicendorum haberet, ac normam, a qua non facile deflectere, atque uti a multis magistris vel incuriose ac immediate disserentibus, vel luxuriandi pruritu perque eruditionis ostenta-*

A 2 *tio-*

*tionem fieri animadvertimus, extra oleas vagari posset. Sic ordini serviebat, unaque memoriæ consulebat.*

*Sic enim semper habuit, officium boni doctoris esse, numquam nisi bene præparato animo cathedram adscendere. Vaga, incerta, confusa esse, quæ sine meditatione ac velut indigesta & prout verba fluerent, dicerentur. Memoriæ quoque utut tenacissimæ ac fidelissimæ non tuto fidi, facillimeque ex animo fugere, quæ dicenda sunt, omittique non debent, nisi prius, quæ docere velis, iterum quasi discas, ac velut in numerato habeas. Quem finem quo certius tutiusque adsequeretur, tantum non omnia, quæ tradere vellet, litteris consignare consuevit. Huic itaque sollertiæ ac severæ legi debemus præter has, quas jam vobis in manus trado, enarrationes, prælectiones in* Grotium, Pufendorfium *&* Historiam philosophicam *jam pridem luce publica donatas.*

*Verum nugas forte, vel actum modo agere plerisque videbor edendo has Elementorum Heineccianorum interpretationes. Quidquamne enim deesse poterit ad meliorem intelligentiam libelli, postquam doctissimi aliquot celeberrimique jureconsulti illum certatim observationibus adnotationibusque, ipseque auctor* dictatis *suis post fata ejus editis, illustrare haud dubitarunt?. Ex quo sane classico huic compendio hoc decus atque ornamentum accessit, ut illum viri illustres ac doctissimi* Jo. Ge. Estor; Car. Gottl. Knorrius, Jo. Lud. Uhlius

UHLIUS *notis scholiisque locopletarent, omnis deinceps opera, qua illustrari posset, inutilis ac supervacua, ac tantum non Ilias post Homerum videtur. Quin majus adhuc quiddam restat, quod me a consilio edendi recitationes istas deterrere potuisset. Meminisse certe debebam, non solum istorum scholiorum, sed cogitare etiam omnem porro illustrandi Elementa Heinecciana laborem præcipuisse otiumque fecisse virum aliquem juris peritissimum, cujus extat amplissimus commentarius sub nomine ipsius Elementorum auctoris germanico idiomate editus. Operosam sane diligentiam explicandis, interpretandisque Elementis adhibuit vir ille, quisquis est, doctus & laboriosus, sic ut non inutilem operam præstiterit discendi cupidis. Tametsi enim liquido juverim, vix vicesimam commentarii partem ex ore Heinecii exceptam esse, sed tantum non omnia doctum illum interpretem ac compilatorem ex ceteris tam Heineccianis, quam aliorum scriptis congessisse, tantum tamen abest, ut contemnam utcumque laborem illum, ut potius maximopere commendandum non Justinianistis tantum, sed Edictalibus ac Papinianistis existimem.*

*Nibilo secius tamen, si me auditis, non leves adferam caussas, cur non solum me non pœniteat consilii mei, edendi recitationes istas Heineccianas, sed & gratiam vestram magnopere initurum ac de vobis bene meriturum esse confidam. Equidem si quemlibet optimum ducimus verborum suo-*

 *rum*

*rum nuncium ac interpretem, quis melior ipso Elementorum auctore? Inspectio sane ac degustatio ipsius libelli unumquemque facile convincent, nihil eum in his Recitationibus omisisse aut praetervectum esse, quod ad plenius intelligenda Elementa utcumque facere posse animadvertit. Quemadmodum enim in ipsis Elementis id egit, ut, quod* CICERO *in Servio Sulpicio admiratus est, dialecticis praeceptis adhibitis artem juris constituerat, omneque adeo jus civile in genera sua digereret, eorumque generum quasi membra dispartiret, tum propriam cujusque vim definitione declararet, ex ea regulas & axiomata eliceret, tum quae ex his prona conclusione consequerentur, colligeret, ita in his Recitationibus haec omnia tam dilucide & plane declaravit, commodisque exemplis & speciebus illustravit, ut in plena luce versemini, nec usquam haerere possitis. Obscuris sane lucem adfudit clariorem, rationes praeceptorum ac regularum pariterque exceptionum luculentius explanavit, scrupulos, si qui forte nasci possent, exemit, ac quomodo quaeque cohaereant, atque ex suis principiis deduci queant, mira facilitate ac concinnitate declaravit. Deinde stilo usus est, non ornato aut politiore, qui morari lectorem linguae Latinae usum non habentem posset, sed puro tamen, populari, & tali qui illius linguae non prorsus ignaro facillimus esset intellectu. Accedit denique his omnibus concinna brevitas. Semper enim auctor prudentissimus cum maximis viris artisque suae peri-*

*tis*

Digitized by Google

*tis sensit, nihil esse uti in omni disciplinarum genere, sic & in Legum studio magis praeposterum, quam iis, qui primo legum incunabula adpetunt, non mitiim lac propinare, sed debiles ac delicatiores stomachos uberioribus ac nimis solidis carnibus obruere. Quo fieri necessum est, quod stomachis gravatis accidere animadvertimus, ut non solum cibos, quibus sese ingurgitarunt, haud concoquere valeant, sed etiam solidioribus capiendis digerendisque plane inepti reddantur. Audiatis modo* CUIACIUM, *emunctae naris judicem*: Nam quae scientia hæc est, *inquit*, quæ modum non habet ullum? quæ fines suos egreditur? quæ tota aberrat a præceptis suis, & summo illo præsertim, nec a Justiniano prætermisso, ut incipientibus jura tradantur levi & simplici via: ne difficultates tam numerosæ ac perplexæ ab hoc studio deterreant. *Quod si caperent etiam caverentque recentiores philosophi juris, paucis non omnino philosopharentur, nec theoriis suis naturalibus jurium positivorum fines turbarent, nec mentes discentium infinitis generibus ac tot otiosis distinctionibus ac partitionibus obruerent, non considerantes, quam nimis intelligendo faciunt, ut intelligamus nihil. Si, judice* SENECA, confusum est, quidquid in pulverem sectum est, *methodum illam hypereuclideam, nisi confundi velint, in primis caveant Justinianistæ.*

*Auctor itaque suasorque sum omnibus, quicumque plana & simplici via ad solidiorem justi in-*

*justique scientiam tendere cogitant, ut artifices imitentur, atque a levioribus ac facilibus atque adeo ab ipsis elementis incipiant, sibique illa cognita ac familiaria reddant. Finem vero hunc certissime adsequentur, qui Elementis Heineccianis probe imbuti Recitationes, quæ jam prodeunt, nihilque sunt aliud, quam paullo pleniores Elementorum explicationes, diligenter legant, memoriæque mandent. Ita vero auctor illas instruxit adornavitque, ut repetitioni eorum, qui quemlibet doctorem Elementa Heinecciana explicantem audiunt, perutiliter inserviant, sic ut legens illas ipsum quasi auctorem docentem ac simul interpretantem audire videatur.*

*Præmissam videtis memoriam d. auctoris, a filio quondam conscriptam, subjunctamque operibus Heineccianis, Genevæ editis. Quem commentarium benigne jam antea exceptum quum postea idem recognoverit, emendaverit, multisque accessionibus auxerit, non ingratam vobis operam me præstitutum confido, si illum vobis simul cum Recitationibus in manus trado. Valete, & his fruimini. Scrib. Calendis Sept.* CIↃ IↃCCLXIV.

# PRÆFATIO.

*Quum ea esse videatur virtus præstantis viri, quæ sit fructuosa aliis, ipsi certe laboriosa, tum maxime commendanda esse arbitrabar, & ingenium, et labores famigeratissimi viri* Burchardi Gotthelfi Struvii *Jureconsulti Jenensis* (a). *In quo sæpissime admirari contigit, quid esset cur tam felici connubio præclaram ingenii vim cum admirabili patientia copulaverit. Omnia ferme ipsius Opera plurimum habent acuminis simul, & utilitatis, neque ulla alia illius Operibus subjecta notio est, nisi secretis malis cumulata bonorum complexio. De Jure Civili potissimum* Struvius *est optime meritus, dum certissimis monumentis testatam consignatamque Juris Historiam, alia-*

(*a*) Natus Vinariæ ann. 1671. patre Adamo Georgio Struvio ævi sui Papiniano. Varias Germaniæ Academias lustravit. Præceptoribus usus est *Durrio*, *Cellario*, *Slevogtio*, *Schubarto*, *Strykio*, *Schultio*. Per Belgium aliasque regiones variis itineribus defunctus an. 1697. Bibliothecæ Salanæ Academiæ præfectus fuit; heinc an. 1704. post Academicos honores Professoris munus auspicatus Historiam, Jura, aliaque docuit. Vitam scribendo, et meditando contrivit. Honoribus cumulatissimus obiit anno 1738. Vidend. ipsius Elogium in act. Lipsiens. an. 1740. p. 518. Struvii Opera utilissima sunt, et non unius pagellæ esset ipsorum notitiam exhibere. Heic posuisse sufficiat nonnullas Bibliothecas ab ipso conscriptas, nempe *Bibliothecam Numismatum antiquorum* = *Bibliothecam Historicam Selectam* = *Bibliothecam Antiquam* = *Bibliothecam Librorum Rariorum* = *Bibliothecam Saxonicam sive Scriptores Rerum Saxonicarum* = *Bibliothecam Juris Selectam*, cujus optima editio ea est, quam curavit eruditus *Buderus*.

*aliaque posteritati mandaverit, quæ multas in jure opportunitates habent; inter quæ nemo erit tam sui dispiciens, quin* Bibliotecham Juris Selectam *non accenseat, cui ut ad summas utilitates hæc quoque opportunitas adjungeretur, Bibliothecam hanc nostram* Selectissimam *adnectit, ubi per summa capita præcipuis indicatis auctoribus methodum studiorum constitueret.*

*Hæc animo complectenti nihil mihi potius fuit, quam ut eamdem ederem, variasque multiplicesque observationes adjungerem, ita ut ista Bibliotheca sic adaucta veluti* MEDIA *haberetur inter Selectam & Selectissimam, quum universa retineat commoda ex prioris prolixitate obvenientia, incommoda refugiat, quæ ex alterius brevitate nascuntur.*

*Quum autem tantis ingeniis homines, tantaque auctoritate pollentes, multa post Struvium protulissent, quæ* Struvius *ipse notasset, ac quum præsertim varias, easque præcipuas Jurisprudentiæ partes sibi in minutioribus quibusdam enucleandas proposuerint, tum sane putavi eo rem deducendam esse, ut prius Scriptores ex ordine constituerentur. Ita plane, ut rem in* exemplum *adducam ad similia extendendum, si pro studio Pandectarum indiligenter laudantur, ac minus distincte* Brunnemannus, Wielingius, Bruchnerus *etc., quorum primus Commentaria perpetua scripserit, alter de* ***Legum Inscriptionibus disputaverit, postremus de Latinitate Jurisconsultorum disseruerit; hoc qui-***

*dem*

*dem est nominum congerie Tyronum mentes opprimere, ac perturbare. Cui sane malo longius serpenti occurrendum censui; neque illa profecto magna dijudicatio fuit, siquidem, proposito Pandectarum insistens exemplo, minus utiles segregabam scriptores, eosque dumtaxat adducebam disserentes I. De Digestorum Origine* (a). *II. De Ordine* (b). *III. De Jurisconsultis, quorum fragmenta inibi referuntur* (c). *IV. De genere, & modis respondendi* (d). *V. De peculiari illorum Lingua* (e). *VI. De legum Inscriptionibus* (f). *VII. De reprehensis in Pandectarum Collectione* (g). *VIII. De Exemplari Florentino* (h). *IX. De Digestorum Editionibus* (i). *X. De Graeca Linguae usu* (k). *XI. De Glossa, & interpretibus* (a). *XII. De Observationibus, & Emendationibus* (b). *XIII. De Paratitlis, aliisque ad Pandectarum studia subsidiis* (c). *Hac methodo, quae* MAXIMA *&* NECESSARIA *visa sunt, pari gradu tractavi.*

*Quum vero illud in more positum esse conspexerim, ut Juris Civilis perdiscendi occupationem aridam, & inamoenam quisque depraedicet, praeceptorum culpa potissimum, qui litterarium ludum in pistrinum convertunt, & studiorum tristitia juvenum animos omnino deterrent, atque perfringunt, varia hinc inde ponenda esse duxi, quibus perspicuum esset maximam intercedere cognationem, affinitatemque studia nostra inter, & studia amoeniora Philosophiae moralis* (d), *rerum Physicarum* (e), & *Mathematicarum* (f), *Juris-*

A 6 *que*

*que naturalis & Gentium* (g), *Disciplinarumque politicarum* (h); *aptissimeque conjungi cum notitia Historiæ Litterariæ* (i), *& cognitione rerum antiquarum* (k), *multosque sacratæ Themidi litasse, nec piis Musis odiosos fuisse* (l). *Nec infrequenter ob eandem exhilarandæ tractationis caussam, occasione arrepta proposui, Controversiarum quarumdam celebrium Historiam, ut inter Bynchershoekium & Pagensthecherum* (m), *Tanuccium & Grandium* (n). *Varia etiam interspersi nova ad Jurisprudentiam spectantia, quæ mirum in modum ipsius Historiam inlustrant, ut repertorum nuper Politiani Codicum, quibus vir ille maximus diligentissimam instituit Collationem cum Florentino Exemplari.* (o)

*Ea quidem omnia maximas commoditates continere mihi videntur: nullus tamen dubito, quin in varias reprehensiones incurret hoc Tractationis genus. Quorsum tot nomina, & magna scriptorum vis? Cui bono scriptio isthæc, si comparari scriptores, si legi, si intelligi vix pauci possunt? Scilicet qui hæc nobis obgerunt, satis declarant iis ea esse acerba, quibus non fuerint cogitata. Quod si cogitata perstiterint, & propositum calumnient, quid me attinet dicere? Bona omnia imperitis ludibrio sunt; quomodo namque bonis, honestisque rationibus illud contumaciter repudietur tractationis genus quod plurimas, & maximas, & ferme incredibiles commoditates continet? Ut enim illud sileam hujus scriptionis pro-*

*prium*

*prium esse* (1) *quod ingenia excitet, & curiositatem ingerat studiis necessariam; inde etiam* (2) *cognitionem scriptorum suppeditat, qua quisque statuere potest tria esse constituenda scriptorum genera, eorum nempe, qui fere* numquam legi, *qui aliquando* inspici, *qui continua meditatione* considerari *debent. Quæ distinctio rite peracta, & ubique in notis observata maximam mihi fiduciam parit, quod quisque non exiguam utilitatem percipiat; namque* (3) *exinde, aut religionis diversitate* (a) *male sentientium, plagii labe, sive judicii defectu* (b) *laborantium aut non quæruntur opera, aut abjiciuntur; scriptorumque delectum instituendo* (4) *neque* Forcatulum *quemdam* Cujacio, *neque* Nicusium *aliosque futiles scriptores anteponimus* Cocceiis *atque* Thomasiis, *ceterisque majorum gentium; purioresque fontes non deserimus ut lutulentos rivulos consectemur. Ita quidem quisque juris studiosus* (5) *proprio marte suas rationes ineundo, clare aperteque noscit tot nebulonum technas, atque fallacias, qui expilatis aliorum scriniis imperitæ plebeculæ palpum obtrudunt, & ex aliorum imperitia sibi sapientiæ laudem aucupantur. Ac sicuti nulla datur terra marique bellua quæ belluam ex se progenitam non diligat; ita quum singulari quadam ratione post editum opus quisque ex ardelionibus istis sibi plaudat, & fumos vendat, & in sui admirationem rapiat quosvis impotentes ac rudes, non eos plane huc deducat qui scriptorum notitia in-*

*stru-*

*structi fuerint; ii nempe probe noscunt ea centies & millies repetita fuisse, quæ admirationis parens ignorantia veneratur, & post eadem viros doctos innumera alia protulisse. Quid quod etiam* (6) *methodum addiscimus perlegendi, ne inverso, turbatoque ordine tractata quæ optima sunt obscura fiant, utiliterque* (7) *notamus plurima esse a divinis, & præstantissimis ingenii s uberrime explicata, ne improbos impendamus labores in promovendis & perficiendis Operibus inutilibus, & minime necessariis. Proderit itidem* (8) *scriptiones hujusmodi præ manibus habere, ubi data occasione inveniantur opportune Scriptores; nimirum non is est harumce Bibliothecarum usus ut* singula *quisque possideat, sed ut quis notitiam Scriptorum quum fuerit adeptus, illorum lectioni quos* SELEGERIT PRÆFINITA METHODO, *vacare possit, aut Opera debeat omnino refugere* (a).

(*a*) Animadvertas velim, amice lector, quamplures libros tum in Bibliotheca Struvii, tum in Notis proponi, qui a doctis sane viris, sed peregrinæ religioni addictis conscripti sunt. Cum autem hæc Bibliotheca sapientibus, et etiam iis, qui scientiis sublimioribus vix sunt initiati pateat, prudentis erit ac religiosi adolescentis antequam libros comparet, aut leget, Theologos, aut indices Romanos consulere.

# DE
# VITA, FATIS AC SCRIPTIS
# JO. GOTTL. HEINECCII,
JURECONSULTI CELEBERRIMI
*COMMENTARIUS*
AUCTORE FILIO
JO. CHRIST. GOTTL. HEINECCIO.

# MEMORIA
# JO. GOTTL. HEINECCII JC.

## I.

Celebre olim nomen in tribus academiis, Halensi, Franequerana Frisiorum & Viadrina, jura, philosophiam litterasque elegantiores docendo, clarissimamque in republica litteraria famam scribendo adsequutus est Jo. GOTTLIEB HEINECCIUS, Jureconsultus, philosophus & litterator insignis, desideratissimus pater meus. Hujus viri adgredior vitam scribere: viri, inquam, quem pariter libri bene scripsisse ac bene docuisse discipuli testantur. Quo sane mœstæ religionis officio lubens meritoque defungor: nonquidem singularium aut memorabilium fatorum ubertate varietateque permotus: istis enim haud facile commemorari solent, quibus vitæ genus quietum, modestum, latens, remotum ab ambitu & curis. Non ab oblivione vindicaturus: memoriæ enim jam satis ipse consuluit tot monumentis ingenii nunquam intermorituris. Non laudationem scripturus: qui enim ego laudarem, qui & laudandi quamdam artem, quæ mea non est, sciam esse, & si possem etiam laudare, male defungerer, quum ne noscam quidem ejus omnia laudanda. Solet denique, sat scio, plerumque esse

Κούφα δόσις ἀνδρὶ σοφῷ
Ἀντὶ μόχθων, παντοδαπῶν ἔπος αἰνεῖν ἀγαθόν.

*Leve admodum donum, viro sapienti*
*Pro multis laboribus bonas dicere laudes.*

Longe alia consilii mei, fata d. viri commemorandi, ratio est. Nam *si*, judice AUSONIO

(*)

(*) *nihil quidquam sanctius habet reverentia superstitum, quam ut amissos venerabiliter recordetur*, jus fasque mihi erit posteris commendare nomen viri, qui scriptis suis veluti arbores futuro etiam sæculo profuturas sevit, quin pia grataque filii religio, parentare patri de se optime meriti, immo memoria nominis bene adhuc merentis. Hanc certe uti carissimam semper maximeque lucrosam mihi hereditatis paternæ portionem reputavi, ita tanti nominis honorem ad seram posteritatis memoriam propagare grati esse animi officium credidi. Ut jam non dicam, ad ingenii humani historiam noscendam apprime utile esse, privatorum quoque hominum, meritis quibuscumque eminentium, mores, indolem, animum, ingenium, studia, fata nosse. Habent certe vitæ doctorum hominum hunc præcipue usum, ut discamus, qua via & ratione ad illud Ingenii culmen pertigerint, quibus inventis rem litterariam, immo genus humanum ditaverint. Paucis, historia doctorum hominum ingenii humani historia est. Facile quidem careremus opera mea, si, quod ipse instituerat, perfecisset. Memini enim patrem, donec superstes erat, aliquando de rebus ad se pertinentibus commentarium moliri, exemplo summorum prisci recentiorisque ævi hominum, *qui ipsi vitam narrare fiduciam potius morum, quam arrogantiam arbitrati sunt.* (**) Urgebatur conviciis amicorum, & in his CHRIST. GODOFREDI, nec non JO. GUIL. HOFFMANORUM, quorum Francofurti summa & familiari consuetudine usus erat. Horum tamen expectationem non magis quam nostrum desiderium explevit: tædio, modestia, negotiis, an fati invidia impeditus, vix dixerim, expleturus tamen, ut videtur, si monitores vixissent diutius. Rem profecto fecisset jucundam nec inutilem, eadem-
que

(*) *Parental. præfat.*
(**) Tacit. *Agric. p.* 681. *T. II. ed. Gronov.*

que voluptate nunc legeremus illa εἰς ἑαυτὸν, quam qua legimus aliquot prudentum, veluti SEX. POMPONII, JUVENTII CELSI, C. AQUILLII GALLI, SALVII JULIANI, (*) ac recentiorum quorumdam, FRANC. BALDUINI, JAC. CUJACII, BARTH. CHESII, GUID. PANCIROLI, (**) vitas eleganter descriptas, in quibus omnibus fidem, rerum copiam, dictionis cultum, judicii vim, eruditionem reconditam & multiplicem facile unusquisque agnoscet. Accuratior certe est inspectio, maturior & plenior meditatio, facilior quoque narratio eorum, quæ in vita ac studiis experimur ipsi, quam quæ ex relatione aliorum sive audimus sive legimus. Deinde plurima fides debetur scriptoribus, qui aut ea, quæ ipsi gesserunt, aut quibus interfuerunt, memoriæ produnt. Dum igitur in spongiam ivit vita a b. Patre instituta, Catonem hunc, LECTOR BENEVOLE, æqui bonique consule. Conabor ego fidam patris historiam narraturus, quæ tam ex sermonibus, quos mecum sæpe familiariter de rebus suis habuit, audivi, quam quæ mihi aliunde constant, non in ostentationem, sed nude, simpliciter, vere. Recensebo, quæ in vita fortunisque ejus fuere notabilia, plura, ut puto, ac certiora adlaturus iis, qui res patris attigerunt. (***)

II.

(*) *Tomis II. III. & IV. Operum Geneve junctim editorum.*

(**) *Tomo III. eorumdem Operum.*

(***) Attigerunt autem Gottl. Aug. Jenichen *in den unpartheiischen Nachrichten von dem Leben und Schriften der jeztlebenden Gelehrten in Teutschland:* S. 73. 83. Rathleff *im jeztlebendem Gelehrten Europa P. III. St. III, De allerneuesten Nachrichten von juristischen Büchern. P. XVI. p.* 160. Vriemoet *in Serie professorum Franequeranorum.* Goetten *in den jeztlebenden Gelehrten. Die Pommersche Quintessentz de* a. 1742. *Nouvelle Bibliotheque Germanique. T. II. Art. V. p.* 51. Illustr. a Dreyhaupt *in Chronico Halensi Tomo II.*

II. Patriam nataleque solum coluit EISENBERGAM, Ducatus Altneburgensis municipium, in Thuringiæ oppidis situm, & amœnitate & tum CHRISTIANI, ex Ghotana stirpe Saxoniæ Ducis, ERNESTI PII filii, sede conspicuum. Natus est anno sæculi superioris octogesimo primo, a. d. III. Idus Septembres. Pater illi fuit Jo. MICHAEL HEINECKE, sive ut a filiis postea, more sæculi, latine vel primum redditum nomen est, vel deinceps perpetuo servatum, HEINECCIUS, Lycæi patrii collega, vir ad formanda ingenia, instituendamque litteris juventutem non doctus, sed a natura veluti factus. Istud certe obstetricium munus ceu apud Platonem *in Thæteto* lepide Socrates vocat, quove omnium maxime gloriari solebat, & hanc umbraticam vitam, molestam plerisque & illitteratissimis etiam ludimagistris despicabilem ita semper amavit, ut non contemnenda sacerdotia, ipsi subinde oblata, cum illa permutare nollet. Neque deseruit illam stationem, in qua & optimi principis, cujus munificentia schola alebatur, gratiam, & civium suorum laudem doctrina, moribus, diligentia, fide meruerat. In majoribus numeramus MARTINUM HEINECCIUM, Theologum & litteratorem eximium, Brunsvicensis quondam, Grimmensis aliarumque scholarum rectorem, piis, ac eruditis quibusdam scriptis non incelebrem (*). Matrem habuit DOROTHEAM, MARTINI PRUFERI, honesti in patria civis, senatoris & mercatoris filiam. His parentibus orti præter filiam, JOANNAM DOROTHEAM, tres filii: Jo. MICHAEL. *Doctor quondam Theologus, Sacri in Ducatu Magdeburgico Tribunalis consiliarius superintendens generalis Vicarius, Ecclesiarum in Tractu Salano Inspe-*

(*) Res ejus attigit SCHUMACHERUS *in vita Siberi*. De Terentii editione, CASP. BARTHIO in primis probata, quam procuraverat, vide JO. ALB. FABRICII *Biblioth. Lat. T. I. p.* 57.

*spector, Antistes Halensium primarius*; *& Gymnasii Scholarcha*: JO. ANDREAS, *rerum sylvestrium in Ducatu Brunsvicensi quondam præfectus*, & b. Pater meus quem mater novissimo partu enixa est adeo debilem, ut vix ullum vitæ indicium faceret. Consilio tamen & ope matronæ cujusdam, quæ forte aderat, adhibito medicamine & perfricatis probe pedum plantis excitatus quidem infantulus, at tam dubia ac infirma per aliquos annos valetudine usus est, ut ægre spiritum duceret, ipsique parentes illi non longam vitæ usuram ominarentur. Omen tamen avertit Deus. Ex quo enim infantiæ annos transgressus est, firma semper stabilique per omnem vitam valetudine usus est.

III. Primam ætatem sub faustis penetralibus patris, oculatissimi morum spectatoris, egregiique ingeniorum scrutatoris, egit. Is, simul ac in puero primus ingenii vigor emicuit, iis doctrinis, quibus puerilis ætas impertiri solet, erudivit. Adparuit autem satis mature felix quædam indoles, acre in percipiendo ingenium, & in quo maximum ad discendum momentum situm est, tenacissima memoria. Utque lætam primæ in arbusculis gemmæ de futura feracitate spem adferre solent, sic jam tum haud vana conjectura pater augurabatur, talem futurum, qualem jam cognitum judicaverat. Nullam itaque in fingendo eo intermisit curam, atque, ut ipse experiundo didicerat, quo tendendum & qua, atque exploraverat omnia, in quæ procedendum, ita ejus haud fraudi labor fuit, brevique se ingens operæ discipulo navatæ pretium fecisse perspexit. Magnopere autem patrem ac ceteros deinceps præceptores juvit summa discendi cupiditas ac sollertia. Hæc sane adeo in illo ætatis flore adparuit, ut condiscipuli animum illius bonarum utiliumque rerum avidissime adpetentem atque a ludicris ac nugatoriis rebus aversum æquo animo vix ferrent, nemo contra non tam teneræ ætatis molimina & has pubescentes primitias labore atque amore studen-

dendi imbutas miraretur. Pater certe hoc impensius amavit filium filiique amores, spem concipiens quotidie majorem, fore ut respublica aliquando litteraria ejus ingenio illustraretur. At ille mature decessit, filio vix undecim annos nato. Haud possum silentio præterire novissima patris moribundi verba, quæ ad hunc ejus filium pertinent. Is quum reliquis liberis valedixisset, faustaq. omnia precatus esset; ordoque natu minorem tangeret: Tu vero, filiole, inquit, meis ominibus non eges, jam enim es benedictus DOMINI, ipsaq. te tua virtus nobilitabit. Tristis tamen hoc excessu in familia conversio, mater vidua, liberi orbi, inclinatæ res domi. Nihil nisi mœstum sui desiderium, bonaque omina liberis, matri tamen amicos reliquit, quæ pietate Deo, moribus amicis cara facile invenit, qui illam opera, consilio, re juvarent. Hoc præsidio suffulta operam in primis dedit, ut filii bene instituerentur. Pater maxime in illius sinu indulgentiaque educatus, per omnem honestarum artium cultum pueritiam transegit.

IV. Permisit itaq. illos fidei ac disciplinæ DITERICI, PEZOLDI, GSCHWENDII, qui ad litteras in patria docendas publice constituti erant. Magnopere vero se his præceptoribus probavit patris ingenium docile ac sollers. Numquam meminit illius temporis, quod in patria schola transegit, quin memoraret veterem magistrum, nomen tacere præstat, quam dicere, Orbilium, imaginarium, vehementem, plagosum, sordidum ac ridiculum, ut sunt haud pauci, qui in scholæ umbra ac pulvere senescunt, litteris tamen tinctum dicam, an inquinatum, in Græcis certe versatissimum. Non tulit hic præcox discipuli in illa ætate ingenium, & quo lætiora illius indicia dabat, hoc magis increpare eum tanquam sciolum solebat. *Oderunt* alii, neq. injuria, *puerulos præcoci sapientia*, exemplo veteris apud APULEJUM (*) poe-

(*) *Apologia II. p. m.* 314. ad Bonan. Vulcanii.

poetæ, hoc est, eos, qui ante ætatem & pilos sapientiam nondum bene concoctam vana affectatione venditant, a qua futili ostentatione tam sane alienus erat discipulus, quam a vera ingeniorum cognitione magister. Male eum habebat haud vulgaris discipuli diligentia & inusitata sciendi curiositas. Quo fiebat, ut non temere dictis a præceptoribus assentiretur, nisi rationes proba edoctus, nilq. eum magis in suspicionem falsi adduceret, quam illud αὐτὸς ἔφα. Ita nascens quoque virtus osores habet, & numquam eminentia invidia carent. Insanum certe magistrum illum aut Necromantam vel Bacchantem credidisses, si quid HEINECCIUS concinnius vel promptius reliquis condiscipulis elaboratum traderet, aut si quod elogium illi reliqui collegæ honorificum darent. Proposita themata corrigendi caussa exhibita subinde pedibus conculcare, discipulumq., tamquam piaculum meruisset, gesticulatione plus quam pantomimica increpare, retrudere, conspuere, non quod scriptiunculæ male concinnatæ essent, sed quod opinionem ejus superarent. Tali ingenio præditus magister eo tandem sive invidia sive animi impotentia abripi se passus est, ut a FRANCKIO, Superintendente & Lycæi tum Ephoro, quibusvis precibus contenderet, ut ex suo in superiorem ordinem transferretur. Qui quum interrogaret, quidnam esset, quod HEINECCIUM a cœtu suo segregatum vellet, de quo nemo collegarum unquam questus esset: me miserum, inquit, de rebus quærit, quarum ipse ignarus sum, ludibriumq. sæpe disciplulis debeo. Certe Spiritus Sanctus in puero est. Hæc ipsa magistri verba sunt, quæ tamquam honorificum testimonium, quod illi invito adolescens patris virtus extorsit, referre non piguit. Interea Rector illius scholæ, GSCHWENDIUS, nihil eorum intermisit, quibus discipulus ad optimarum rerum cultum formari posset.

V. Usus est horum præceptorum institutione ad annum usque MDCXCVIII. Quo temporis spatio

adsidua lectione veteres auctores, Græcos, & Latinos, versando fundamenta jecit scientiæ elegantiorum litterarum, eloquentiæq. latinæ, in qua postea excelluit maxime. In deliciis tam illi fuere PLAUTUS, TERENTIUS, HORATIUS, CICERO, quos auctores tamquam ingenii, leporum, omnisq. venustatis fontes, immo & vitæ specula continuo lectitavit, adeoq. sibi familiares reddidit, ut stilus quoque horum auctorum elegantias referret. Ex Græcis scriptoribus maxime fecit ARIANUM Epicteticum, PLUTARCHUM, & LUCIANUM. Attigit quoque eo tempore philosophiam, historiam & disciplinas omnes elegantiores. Hebraicæ linguæ rudimenta tunc quidem posuit, cujus tamen studium Lipsiæ postea magis excoluit. Frater interea major natu, Jo. MICHAEL in libera Imperii civitate Goslariensi muneri ecclesiastico admotus, multos magnosq. sibi doctrina; morum cultu, eloquentia sacra, in quibus excellebat, conciliaverat patronos. Qui quum fratris esset amantissimus, profectuumque gnarus, quos in utraque, tam Græca quam Romana, quin & Hebraica lingua, cæterisq. studiis, quibus ab humanitate nomen est, fecerat, illum ad se vocavit. Patria itaq. exiit, Goslariamque venit anno, ni fallor, MDCXCVIII., ibiq. brevi tempore adeo se bonis quibusq. probavit, ut commendatione fratris adjutus in domum & familiam illustris ANTONII DE SEIDENSTICKER, viri docti doctorumq. amantissimi, *Judicii Imperialis aulici Consiliarii, Capituliq. ad Ecclesiam SS. Simonis & Judæ, quod Goslariæ floret, Decani*, receptus benignissime habe̋retur.

VI. Tametsi vero multum apud Patrem fraterna consuetudo & exempli vis valeret, bonarumq. rerum cognitio majora in dies incrementa severa meliorum lectione librorum caperet, non tamen hanc studendi viam rectam aut satis commodam, certe haud sufficientem, judicavit. Accedere oportebat institutio vivæ vocis, quæ, judicio doctissimorum hominum, majorem lectione vim & efficа-

ficaciam habere solet. Firmius certe animo hærere & memoria solent, quæ audiuntur, quam quæ leguntur, ac compendium discendi facimus audiendo viros doctos de pulpito dicentes. *Uno enim momento temporis*, inquit ALEX. FICHETUS, (*) *effundunt in sinum nostrum, quod longissimo plurium annorum labore coacervarunt, atque hoc nullo nostro labore magnaq. cum animi nostri voluptate contingit.* Hinc fratri exponit desiderium academiam aliquam adeundi, altioribus ibi studiis operam daturus. Fratri non abnuit frater. Qui ne fervorem discendi, & præclarum ad quævis laudanda impetum restinguere videretur, illum ex amplexibus suis ægre tandem dimisit. Vergente itaq. sæculo almam Lipsiam adiit, beneficiis potissimum illustris SEIDENSTICKERI sublevatus adjutusq. commendatione fratris. Adiit vero eo animo, ut sacris litteris operam sedulo navaret, ecclesiæve, cujus ministerio tum a matre destinatus erat, sese præpararet. Jam ibi erat, ubi ingenii nervos intendere, illudque tamquam in palæstra aliqua virtutis & sapientiæ juvare, ornare, roborare, ac in majus meliusq. promovere posset. Academia illi obtigerat elegantiarum omnium sedes, sapientiæ bonæq. mentis domicilium, musarum ac gratiarum augustissimum sacrarium. (**) Docebant ibi tunc temporis publice Jo. SCHMIDIUS, AD. RECHENBERGIUS, JAC. THOMASIUS, THO. ITTIGIUS, magna in Theologia, philologia sacra & historia ecclesiastica nomina. His aliisq. doctoribus sedulo operam dedit. Verum satis illi haud fuit tantos viros audire, expendere potius singula, dictisq. pro rationibus allatis vel adsentiri vel adsensum cohibere, & quæ du-

(*) *In arcana studiorum methodo. Cap.* 10.

(**) Adfectus ejus in hanc almam philuream, ingenii quondam altricem, in calamum migravit. Testis hujus amoris extat *Epistola* elegans *ad Perill.* CAR. SIGFR. APLESSE, *Tom. III. Oper. P. II. p.* 82.

dubia aut probabilia dumtaxat essent, certa ac veriora reddere, sive propria inquisitione, & meditatione, sive probatione eorum, quos consulebat, studuit. Magno tum illi usui fuit continua consuetudo ADAMI RECHENBERGII, Theologi & litteratoris eximii, in cujus ædibus sibi socioque SEIDENSTRIKERO museum conduxerat, cujusque ex ore & disciplina maxime pependit. Qui vir paterna discipulum benevolentia complexus, ut adsiduæ diligentiæ subveniret, bibliothecam suam instructissimam benigne illi utendam fruendam concessit.

VII. Omnium autem maxime tum delectabatur annalium ecclesiæ sacrarumq. antiquitatum studio. Itaq. quidquid erat antiqui recentiorisve ævi auctorum, non legit solum, sed excerpsit etiam, illosq. flores delibatos ac decerptos in adversariis propriis identidem observationibus locupletatis tamquam in penu futuro usui reposuit. Quin, uti probe gnarus erat, scribendo disci, acui ingenium, exerceri stilum, ita satis mature scribendi fecit periculum. Concinnavit eo tempore schediasmata aliquot *de nominibus Dei absconditis, de ætate mundi, de Jovis Ammonii origine*, aliaq. varii argumenti. Sed has quidem scriptiunculas a se annis & judicio nondum satis firmo concinnatas, nunquam publica luce donavit. Sitim, qua in historiam ecclesiasticam ferebatur, magis adhuc expleturus, doctissimi Cardinalis CÆSARIS BARONII annales diligentissime legit, atq. ex optimis rarissimisq. libris grandia aliquot adversariorum volumina observationibus adnotationibusq. replevit, usurus aliquando iis ad novam plenissimamq. Ecclesiæ historiam, cujus jam tum ideam animo conceperat, concinnandam. Verum mutata paullo post vitæ studiorumq. ratione consilium istud evanuit, ipsaq. adversaria magno dispendio pridem, fraude dicam an casu, periere. Ex ungue tamen leonem, ut ajunt, judicare poterit, quisquis illius dissertationem *de habitu & insignibus Apostolorum sacerdotalibus* anno CIϽ IϽCCI.

sub

sub præsidio Jo. SCHMIDI publice defensam legerit. Primus hinc ingenii fœtus publice editus fuit, cujus quum ipse auctor historiam texat, (*) in exponendo instituto ejus non longus ero.

VIII. Edito illo ingenii doctrinæq. specimine non indignus a præceptoribus judicatus est primo honorum academicorum gradu, qui tamquam præmium industriæ ac vigiliarum, atque in vicem stimuli ad conandum majora olim tribuebantur; jam vero, ut sunt tempora, petentibus potius quam merentibus conferri mos est. Hortantibus itaq. amicis & consilio fratris, quo insalutato adhuc nihil fere, quod alicujus esset momenti, agere solebat, ordini sese philosophorum ad examen magistrale subeundum obtulit. In quo cum plausu inter cæteros magisterii candidatos stetit, ornatus anno CIϽ IϽCCXII, a. d. VIII. Febr. magisterii philosophici honoribus, lauream tribuente CHRISTOPHORO PFAVZIO, Matheseos professore publico. Hoc quoq. doctore in mathematicis & chronologicis in primis in quibus præ aliis excellebat, usus est Prælectionibus certe, quibus ÆGIDII STRAUCHII *Breviarium temporum* auditoribus explicabat, assidue interfuit, non sine interiore temporum notitia historiam sive profanam sive sacram, in qua multo majus momentum habet, addisci intelligiq. posse ratus. Chronologicum sane illud studium adeo in deliciis habuit atque exhaurire gestiit, ut JOSEPHI SCALIGERI, SETHI CALVISII, DION. PATAVII, JO. MARSHAMI, ANT. PAGI, HENR. NORISII, HENR. DODWELLI, JAC. USSERII, aliorumq. opera diligentissime legeret, excuteret; quin & plura in iis notanda, emendanda, castiganda inveniret. Amores hos dixerim b. patris, quos, mutato deinceps vitæ genere pristinisq. cum illo studiis relictis, diu intermissos extremo vitæ tempore

(*) *In Præf. ad opusculorum variorum syllogens. Tom. III. Oper.*

pore repetiir, singulariq. studio coluit. Dolendum profecto harum rerum cupidis, ingrato illum caussarum respondendarum munere & illiteratissimis sæpe litteris ab amœnioribus musis avocatum esse. Exasciatissima profecto specimina illius quoq. scientiæ, a qua jureconsulti quoq. humaniores lucem magnopere mutuati sunt, procul dubio dedisset, nisi negotiosa illa provincia, illi postea demandata, omne tempus absumpsisset. Sæpe equidem querentem audivi de iniqua sorte antecessorum, omni otio interdictorum, & in hoc infelicium, quod nunquam sui. Statis olim anni vicibus in scholis & academiis artium professoribus vacatio quædam concedebatur, magno litterarum incremento & bono, largior alibi ac præcipue in Belgio, parcior in Germania, alibi fere nulla: sic ut jam pene ad munera sua sine laxamento obennda tanquam ad opus publicum, immo ad Sisyphi saxum volvendum damnati videantur. Sed in viam redeo.

IX. Decurso itaq. fausto pede studiorum academicorum stadio desiderium in illo renascitur revisendi fratrem, cujus identidem litteris invitabatur. Eodem itaq. anno, quo magisterii honore ornatus erat, Goslariam revertitur, aut sacerdotium, si quod vacaret, aut aliud munus, data copia petiturus, si minus, Lipsiam rediturus. Vocabat tum forte in schola Francofurti ad Mœnum florente munus conrectoris, quod consilio amicorum & necessariorum, ac commendatione ADAMI RECHENBERGII, pariter ac fratris adjutus ambire non dubitavit. Verum gratia competitoris cujusdam apud eos, quorum in manu res erat, eo tempore plus valuit, quam virtus & doctrina parentis aut commendatio patronorum. Spe itaq. illa obtinendi tam levem stationem non sine lucro excidit, melioriq. fato servatus æquissimo animo tulit, se posthabitum illi esse, cui forte secundus non erat. Simile fere fatum expertus est celeberrimus Cancellarius JO. PETRUS A LUDEWIG, amicissimus olim in Fridericiana colle-

lega, cathedram scholasticam quamdam frustra postulans. Quemadmodum sapientissimi Numinis ea bonitas est, ut justa meritis præmia rependat, ita mortalium tanta vecordia, ut ad virtutes clarorum virorum mire cæcutiant. Apud fratrem interea otio obtorpescere non passus est ingenium omnium exercitationum genere, legendo, scribendo, docendoque excultum. Multum illi profuit fratris instructa satis supellex libraria, neque minorem illi usum præstitit ejusdem fratris exemplum ad perficiendum oratorem sacrum. Erat enim, ut dixi, sacro muneri dicatus, frater vero eloquentiæ laude florebat; quumque non facile in alio major esset oris atque orationis commendatio, palmam principibus illius temporis oratoribus si non præripuit, dubiam tamen reddidit. Pater itaque nihil fecit reliqui, ut sese in dicendo exercitaret, fratremque æquaret. Jam Lipsiæ aliquoties non sine plausu pro sacris rostris verba fecerat, fecit idem Goslariæ, quoties essent qui vicaria ejus opera indigere profiterentur. Hic vero præter omnium opinionem consilium cepit gradum mutandi, non una motus ratione. Primo quidem obsequii magis lege quam ex animi sententia theologico studio mentem applicuerat. Deinde naturali quadam aversione & nausea a muniis ministrorum, ægroto & moribundos visendi, abhorrebat. Accessit postremo anhelatio quædam, quacum juveni colluctandum erat; cujus licet deinceps non magnopere incommoda senserit, tunc tamen verebatur, ne si vocem, quam a natura sonoram acceperat, in suggestu paullo plus intenderet, gravius pectori malum arcesseret. His aliisque rationibus adductus, & occasione forte opportuna invitatus serio de novo studio ingrediendo cogitare cœpit, non dissimulans apud matrem fratremque consilium. Uterque equidem initio reluctabatur, sed a proposito se deterreri non passus est contrariarum rationum momentis. Permutavit itaque theologiam cum jurisprudentia, neque profecto male illi cessit pristini studii de-

sertio, quæ & aliis viris ad famam celebritatemque majorem profuit. Pater certe defectione sua neque litteris neque sibi defuit, ipsaque sacrata Themis, cui nomen addixerat, non habuit, cur pœniteret transfugæ in jus suum recepti.

X. Lipsiam, ut dixi, alumnam nuper dilectissimam, rediisset, rerumque suarum sategisset pater, nisi fors nihil quidquam opinanti aliam eamque peropportunam occasionem obtulisset juris addiscendi. Dum enim hanc animo volvit curam, non adspernendis conditionibus invitatur, Fridericianam novam illam, omniumque celebratissimam academiam adeundi. Adiectus quippe MEIERO cuidam, Halam studiorum caussa ire a patre jusso, socius & contubernalis, occasioni sibi ostentatæ, tantæ, tam optatæ, tam insperatæ manus sibi injiciendas esse putavit. Hoc itaque comite postquam Halam venit, haud sibi perdendum aut inaniter terendum tempus videbatur, utpote qui jam serio animum ad juris studium adjicere decreverat. Neque deerat ad illam rem copia. Nam simul ac Jurisconsultorum Halensium principi illustri SAM. STRYCKIO innotuit, illum adeo sibi conciliavit, ut postea tamquam studiorum auctorem, patronum singularem, ac parentem alterum summopere coleret. Eo auctore & præceptore brevi solida jurium scientia imbutus privatim alios docere cœpit, quæ ipse didicerat. Eam operam privatim fratribus COMITIBUS MUSCIN PUSCHKIN præstitit, natalium splendore illustribus ex præcipua Russorum nobilitate adolescentibus, qui tum Halensem academiam ornabant, ejusque institutioni ac disciplinæ potissimum crediti erant. Nec minus singulari sibi semper honori ducere memini, quod jam publicus jurium doctor renunciatus Illustrissimo COMITI GALLOUKINO, qui legatione Russica apud potentissimum Borussiæ regem &c. apud Belgas clarus fuit, eximio eo tempore Fridericianæ ornamento, eamdem operam navaverit. Ac quum docendo plurimum disci expertus sit, po-

posteaquam lectiones privatas instituisset, publicis etiam, cum vires adquisierit eundo, vacavit. Saepe memoria repetere solebat primos hos publice docendi conatus. Proscriptis quippe in albo academico acroasibus in JO. FRANC. BUDDEI *Elementa philosophiae* instituendis, tanto numero confluxit studiosa juventus, ut ipse miraretur frequentiam, veterani contra doctores subselliis suis non bene augurarentur. Erant, ut fieri adsolet, inter auditores, & forte plerique, qui explorandi tantum caussa, quale adveniens sit principium daturus, venirent. Quod caute praevidens tanta animi contentione sese lectionibus habendis praeparavit, ut omnia dicenda memoriter edisceret, ac veluti in numerato haberet, quae docere vellet. Quod institutum diu postea servatum valde illi profuit ad luculentam, solidam ac facundam docendi rationem, qua polluit postea plurimum. Iis autem auditoribus, qui animi novitatisque caussa advenerant, ut viderunt novellum magistrum praestare quam plurimis veteranis doctoribus, subsellia adeo placuerunt, ut nusquam frequentius confluerent. Rara profecto docendi dona sunt, doctissimis saepe viris negata. Sed, ut figulus figulum, sic jam tum invidiam patri nascens illa gloriola conflavit, qui suo exemplo didicit, academiis universim non injuria objici posse, quod Megaricorum scholae objecit Diogenes: οὐ χολὴν ἀλλὰ χολὴν, *non scholam, sed meram bilem esse.* At pater invidiam, tanquam virtutis comitem, eo tempore non magnopere moratus, hoc egit, quod officium & ratio postulabat, atque ita se gessit, ut fide, eruditione, diligentia, moribus se haud paucis patronis probaret, quin illos ad se ornandum provocaret.

XI. In primis autem spem potiundi loci inter publicos Fridericianae Doctores tum fecit URSINUS DE BAEHR, vir magnae in aula regia auctoritatis, Episcopi dignitate fulgens, patri amicissimus. Cui viro, ut multa alia, ita hoc quoque debuit, ut anno CIↃ IↃCCVIII. ordini philo-

sophico adjungeretur. Scholas mox aperuit more majorum exercitatione ad disputandum publice proposita: *de genuina nativitatis Christi æra ex nummis & inscriptionibus illustrata.* Quo animo, instituto & adparatu illam scripserit, satis nos docet in præfatione opusculis academicis præmissa. (*) Nimirum jam a prima ætate ardere cœpit rei antiquariæ, lapidariæ & numismaticæ studio. In scholis adhuc servo excerpta nummorum, marmorum, gemmarum, sigillorum ipsius manu delineatorum, ex libris & codicibus rarissimis, quin & archetypis congesta, ex quibus colligere licet, quanta animi contentione jam tum hoc studium sectatus sit. Et nisi postea severioribus litteris, quibus se totum consecravit, multisque negotiis distractus fuisset, plura ejus scientiæ antiquariæ specimina haud pœnitenda dedisset. Dedit tamen nonnulla, quæ index scriptorum, ad calcem subjunctus, memorat. Sed uti numquam antiquitatibus aliud pretium statuit, quam quatenus lucem severioribus disciplinis accendunt, ita lapidarias ac nummarias musas non aliter amavit, quam universim antiquitates. Itaque illud studium primo ad historiam tam sacram quam profanam, deinde ad jurisprudentiam transtulit, ceu scripta juridica postea edita pluribus testantur. Sed vero, recto & sobrio usu & præstantia antiquitatum in omni eruditionis genere, speciatim in jurisprudentia, ipse satis in scriptis & operibus suis passim dixit.

XII. In medio fortunæ cursu præripiebatur illi præceptor & patronus insignis SAM. STRYCKIUS, ordinis Juridici Præses, inter JCtos sui sæculi Papinianus. Decessit autem anno sæculi nostri decimo. Qui casus sane non poterat non & Fridericianæ, in quam immortalia, & patri, in quam multa magnaque ejusdem merita extabant, luctuosus & fatalis esse. Magno tum animorum mo-

(*) *Tom. II. Oper.*

motu de extremo officio tanto viro rite præstando certatum est, singulari exemplo, quod uti mature satis defecit, sic & ingratæ posteritatis & tralatitii judicii de magnorum virorum meritis documentum est. Discipulus autem præceptori pietatis, venerationis gratique animi monumentum positurus, sempiternæ ejus memoriæ consecravit panegyricum, qui adhuc omnium manibus teritur. (*) Quamvis autem hoc monumento pietas pariter ac eloquentia HEINECCII satis illustraretur, publice tamen laudare patronum non licuit. Cedere namque patrem oportebat viro illustri, JUSTO HENNINGIO BOEHMERO, qui & in amicitia JO. SAM. STRYCKII, SAM. F. potiores habebat partes, & quum jam tum intra numerum professorum ordinariorum esset, potiore patre jure præstandi illius officii gaudere visus est.

XIII. Nondum patri illo tempore adeo candidi fulsere soles, ut non de meliore ac stabiliore fortuna, si non ipse, amici tamen, subinde essent solliciti. Amicos, fratremque in primis, qui anno ante STRYCKII excessum Halam vocatus erat, angebat illi patris æquanimitas, qua cum PLAUTO sentiebat, *virtute ambire oportere, non favitoribus; sat habere favitorum semper, qui recte faciat, si illi fides sit, quibus ea res est in manu;* illis contra sine his perraro, aliquid effici arbitrantibus. Erat certe eo animo a natura factus ut litterarum studiis & spartæ, quam nactus erat, ornandæ unice intentus, dissimilis semper esset iis, qui, ut aliquid aucupentur, ardelionum more trepide concursant, amicos anxie quæritant, potentiorum limina sine fine modoque exosculantur, minutum ac pusillum animum quavis occasione prodentes, Græculis esurientibus simillimi. Longe his aliter animum induxit ve-ne-

(*) Junxit auctor illum *Fundamentis stili cultioris, Tom. I. Oper.*

nerandus pater meus, qui nullo quidem officiorum genere defuit patronis, sed, ut non facile, neque nisi ubi deceret, ab iis sibi gratiam aliquam emendicaret. Tametsi hoc vitio, si ita adpellare fas est, sibi aliquando suisque defuerit, magnis tamen usque ad exitum patronis probatus fuit, qui ejus caussa omnia voluerunt, effeceruntque. Utcumque sit, illa animi sententia ei tum non male cessit, præter spem & opinionem eorum, qui bene maleque illi cupiebant. Levi enim opera consecutus est, ut sibi munus philosophiam publice docendi augustali codicillo demandaretur. Factum id est anno sæculi nostri tertio ac decimo. Male habuit novum illud dignitatis augmentum obtrectatores, & stimulus ita factus est adversariis, inque iis difficili tum theologorum Halensium nationi. Odium illorum non tam sua quam fratris, ut putabatur, culpa incurrerat. Hic nimirum multum ab illis diversus, qui, ut sublimioris vitæ esse censerentur, libertate philosophandi ac pœne usu rationis interdictos volebant omnes, non probabat simulatam & adfectatam quorundam pietatem, non magis quam perversam ac fanaticam opinionem, pollui pervertique homines, divinarum maxime rerum studiosos, philosophia profanisque litteris. Et quo majus iis tamquam subsidiis ad omne genus eruditionis uterque frater pretium statuebat, hoc magis illis obtrectabatur scrupulosissimum & irritabile hominum genus. Evenit idem aliquando JUSTO LIPSIO, cujus similis querela extat in ejus epistolis. (*) Dignus locus est, qui hic legatur, cum quod censuram tum quod regulam continet. *Calcar mihi addis,* inquit, *ad decurrendam reliquam hanc viam; quod detrahunt mihi sæpe judicia quorundam, qui θεολογῶν, ut volunt, παῖδες. Misceri hæc nolunt, & satis esse puram illam a Christo doctrinam sine mixtione ulla sapientiæ humanæ.* Nec

(*) *Cent. I. Miscell. Ep.* 60.

*Nec acriter sane iis pugnem; nisi quod nescio quomodo apud homines vim aliquam habeant & juvent etiam ista externa. Quis veterum thelogorum philosophiam sprevit? Usurparunt immo & Græci & Latini, sed suo quodam fine. Ego ex usu non juventutis solum nostræ, sed generis humani putem, trahi & conduci omnia ad metam hanc pietatis; modus teneatur tantum, ut hæc divinis litteris serviant, non ut contra.* Quibus calumniis sub idem fere tempus concussus, immo pœne prostratus fuerit philosophorum hujus sæculi coryphæus, illustris CHRIST., L. B. DE WOLF, & ii sciunt qui aliud nihil. Interea cum fratre sensit frater, & quum esset illius partibus addictus, fieri potuit, ut per occasionem eidem, cui difficile erat satyram non scribere, exciderint scommata, iis, qui nihil ferre adsolent, intoleranda visa & tantum non cruce digna. Rem itaque invidia plenam deferunt ad regem, lites Theologorum maxime abhorrentem, qui tandem utrumque fratrem clementissimo rescripto admonuit, ne quid porro turbarum darent. Crabrones etiam, ut conjicio, irritaverat pater edito sub auspiciis novi muneris programmate: *de veræ falsæque sapientiæ characteribus*, quo cum civibus academicis scholas a se aperiendas communicaverat. Legenti certe cuivis judicandi potestas est, in quali hominum genere faba cudatur. Mox sequebatur *de incessu animi judice* elegans & curiosa dissertatio, qua illam physiognomorum artem, qualem Zopyrus profitebatur, hominum mores & indolem ex variis signis externis, vultu ac incessu etiam conjectandi egregie illustrat. Quam plurima in physiognomizandi regulis & præceptis, ab auctore statutis, notanda invenerunt tum philosophi tum theologiHalenses. Quam vis enim illi non negarent, artem illam, quam physiognomiam latiore sensu vocant, esse ἐκτῶν δυνατων, signa tamen diagnostica adhuc prodita tantum non omnia, ex quibus mores, affectus, inclinationes hominum colligunt, tum lubrica ac fallacia esse contende-

bant, ut tuto illis fidi non possit, incessum vero minime omnium indubium animorum judicium facere, neque adeo firmo satis talo stare, quæ tanto adparatu ac cum dogmatico quodam adsensu, licet ingeniose admodum, propugnaverit. In primis vero male habuit theologos argumentum ipsum & tractatio, utpote qui facile subolefaciebant, occasionem scribendi patrem arripuisse a ridiculo eorum, qui ficto simulabant pia pectora vultu, quibus tum Hala scatebat, incessu. Qui cum suos haberent fautores, non facile cuiquam impune licebat hanc movere camarinam. Unde etiam, ceu ipse auctor in præfatione Syllogi Dissertationum, præmissa memorat, illum hanc disceptationem non contra tela, sed invidiosi hominis insidias defendere oportuit.

XIV. Viam, quam semel ingressus erat, inoffenso pede perrexit, neque a cœpto vitæ genere quod erat in docendo scribendoque positum, cursum deflexit. Hujus industriæ specimen sequente anno vulgavit, edita commendatione *de philosophis semichristianis.* Non est, quod hic de ratione consilii hujus scriptionis plura dicamus, quum id ipse jam præstiterit auctor tum in ipso libello, tum in præfatione Opusculis præmissa. Quidquid autem adhuc publici juris fecit, materia erat aut ex antiquitatibus sacris, aut philosophia, aut historia, hanc enim numquam neque a theologia, neque a philosophia, neque adeo a jurisprudentia sejunxit, deprompta. Tantum tamen abest, ut subinde quidquam ex amore, quo juris legumque peritiam ardebat, remiserit, ut potius serio ac summa ope niteretur, illam eruditionis partem, cui se statim, ut Halam concessit, addixerat, animo complecti! Non tamen ausus est quidquam in jurisprudentia moliri, aut scribere ante annum CIↃ IↃCCVI. quo se jureconsultorum ordini summis in jure honoribus ordinandum obtulit. Auspicalem enim tum, more in academiis recepto, dissertationem publico eruditorum examini ac disceptationi proposuit, *de origine atque*

*indole jurisdictionis patrimonialis. Quandoquidem vero*, inquit auctor in sæpius laudata præfatione, *ea tum erat rerum mearum ratio, ut intra quatuordecim dierum spatium & capiendum esset consilium & exsequendum: temporis exclusus angustiis, omnia quam fieri poterat, brevissime proposui: easque theses sine alterius præsidio defendi.* Dicam vero, ne quid intactum relinquam, quid sit, cur illi tam cito & tamquam in arena capiendum esset consilium. Varie nimirum sollicitatus de matrimonio contrahendo adhuc tamen non appetierat, donec non contemnendæ demum conditiones offerrentur, quas repudiare vel adspernari religioni sibi ducebat. Intra breve temporis spatium cum acta transactaque omnia essent, legi etiam sponso a sponsa dictæ satisfacere non detrectavit, ut nimirum doctoris gradum ante nuptias, quibus jam dies dicta erat, susciperet. Hinc nulla mora nectenda, indeque caussa brevissimi spatii conscribendæ dissertationis inauguralis.

XV. Venio nunc ad id tempus, quo domi satis clarus & eximius exteris quoque innotescere cœpit. Privatus enim juris doctor cupidæ legum juventuti docendo apprime serviit. Jam vero reliquum erat, ut jurium pariter ac antiquitatum singularem scientiam publicis monimentis testatam sæculo faceret. Factum id est autem insigni illo *Antiquitatum Jus Romanum illustrantium syntagmate*, quod primum Halæ anno sæculi nostri septimo & decimo prodiit. Dici non potest, quam avide quantoque applausu exceptum sit venustissimum elegantissimumque illud opus. Toties certe repetitæ editiones libellum invenisse emptores satis testantur. Hoc certe specimine tamquam esca aliqua illecti Belgæ, quorum ad palatum in primis hæ deliciæ erant, auctorem aliquot annis post ad se vocarunt. Eodem libro, quem postea id genus alii exceperunt & hanc laudem promeruit, ut inter jurisprudentiæ humanioris in Germania fere evilescentis, statores ac vindices haberetur. Incubuerat nempe vitio practi-

ćticorum, si diis placet, cimmerias mentes in cœco pectore circumferentium, usum & præstantiam elegantiorum litterarum, quas ne intelligebant quidem negantium, academiis Germaniæ barbaries quædam, quam a jurisprudentia depellere sobria philosophia ac elegantioribus litteris, antiquitatibus & historia cum illa conjunctis, auctoritate præstantissimorum doctrina hominum, summa semper ope adnisus est. Intolerandus sane illi videbatur torvus ille Græcæ Romanæque eruditionis, antiquitatum ac historiæ elegantiorumque litterarum omnium contemptus dicam an odium, quod animos tantum non omnium ea ætate Jureconsultorum Germanorum incesserat. Erant sane non pauci inter eos, qui, fortuna elati vel lucello animosi, veluti ejurata bona mente, cultum omnem, dignitatem ac usum illi scientiæ detrahere conarentur, in quam, judice Gravina, veterum novorumque criticorum eruditio sublimior philosophia & universa historia, atque omnium temporum prudentia concesserant. Profecto si pes non stetisset, musas jam omnes e jureconsultorum republica tamquam maleficas proscriptas, atque ad scholarum pulverem tamquam ad metalla ac lautumias damnatas doleremus, Jamjam res eo redierat, ut inglorium ac numquam bene compositum duellum, quod in Italia olim Alciateos inter & Socinianos arserat, magnoque erat animorum motu iraque capitali decertatum, iterum refervescere videtur. Ferratos necdum bene clausos Jani postes recludere tentabat litigiosum hominum genus, verba & iras partibus locare consuetum, ad cætera omnia præterquam ad oculos clientum cœcutiens. Qui quum se practicorum vel pragmaticorum hominum nomine efferrent, se solos sapere, reliquos volitare tamquam umbras jactabant, atque ut vecordiæ suæ justitiam advocarent, hoc est, caussæ suæ quin sceleri potius, jus darent, hanc juvenum animis invidiosam sententiam instillare non desistebant, ut quisque maximum ad jurisprudentiam humani-

nitatis studium adhiberet, ita illum fore ἀπρακτότατον. Tempus disperdere nugis, artemque prorsus inertem ac fucosam facere, qui vetustis antiquatisque diu ritibus ac institutis indagandis operam darent, eamque pariter ac historiam & criticam tamquam subsidia, & lumina ad leges civiles interpretandas operose adferrent. Nihil ab his aliud agi, quam ut tritam jam bene viam deserant, ac disciplinam juris, Bartoli Baldique oraculis totque practicorum scitis & interpretamentis jam recte constitutam, evertant. Humaniores illos Jureconsultos, si nomen illud merentur, cortici tantum intentos nucleum perdere ac nubem pro Junone amplecti. Vix inter illos unum alterumque exstitisse, qui caussis orandis litibusque in foro agendis, disceptandis, judicandis, ac generatim negotiis publicis privatisque ullis gerendis explicandisque aptus utilisque fuerit. Qui quum scholæ, non vitæ discant, artemque nihil ad panem honoresque lucrandos proficientem profiteantur, ac verbis syllabisque veluti acetabulis ludant, ad Grammaticorum scholam ablegandos esse, & hac se sola jactare in aula debere. Se contra solos dominari in aulis principum, in foro, in dicasteriis, Cujacios, Balduinos, Hotomannos, & quidquid horum histrionum sit fueritque, imi sane subsellii viros esse. Mirum sane, quod non aperte illos omnes corruptæ juventutis, quin turpissimi lenocinii, reos fecerint, quicumque adolescentes Jurisprudentiæ studiosos musis ac gratiis conciliare niterentur. Longa injuria est, quam pridem a se ac quam professi sunt jurisprudentiâ humaniore feliciter graviterque depulerunt tot præstantes doctrina viri, ut actum agere, solique lumen adfundere non audeam. Ac vindicem profecto strenuum deserti & inculti propemodum studii antiquitatum & humanioris doctrinæ omnis egit pater meus, tum in cæteris suis scriptis, tum maxime in illo Syntagmate. Tametsi vero hoc opere doctissimum quemque domi ac foris in sui nominis cultum traxisset; nihil ut ad eximiæ

miæ eruditionis apud omnes existimationem deesse videretur, non tamen omnia in illo ita placuerunt omnibus, ut non magno numero censores ac adversarios invenerit. Suum sane cujusque judicium est; quo factum, ut non defuerint qui Syntagma illud levissimum inter cætera scripta Heinecciana, nec magnam partem nisi epitomen Sigoniani operis ducerent, ac Gravinam multis parasangis illud antecellere contenderent (*). Non sane cum his contendam, aut litem contestabor, a qua magnopere abhorreo; neque adeo umquam in patris verba juravi, ut eum aliquid humani passum esse negare audeam. Velim tamen viro parcius ista objicienda esse meminerint. Quid sane mirum, si post tot subsidia noviter nata exploratores extiterint qui toti oculei, dum omnem ingenii aciem in id unice intenderunt, acutius viderint, quæ lynceos etiam oculos fugerant? Est, ubi conjecturis solis agitur in studio antiquitatum, & omnis certatio eo redit, ut definiatur, quænam sententia altera similior vero. Est, ubi locus aliquis crucem figit, ubi labor est, quis melior interpres. Nihil profecto sæpe incertius est originibus morum, institutorum ac jurium, quæ tot abhinc sæculis apud populum invaluerunt, cujus facta magis & res gestæ, quam leges & jura monimentis prodita sunt. Idem fatum erit omnium litteratorum, criticorum, antiquariorumque, ut, quæ prætervideruut vel non recte proposuerunt, a posteris rectius in dies rectiusque eruantur ac confirmentur. Quid tandem? an Dædaleum omnibusque numeris absolutum opus requisiverit quisquam ab eo, qui id solum egit, ut cupidæ legum juventuti, non doctissimis viris, compendium ac veluti isagogen antiquitatum, quatenus ad juris Romani prudentiam illustrandam fa-

(*) Confer illustris JCti, viri eruditissimi elegantissimique, Car. Ferd. Homelii *litteraturam juris Lib. I. Cap. 2. p. 49.*

faciunt, in manus daret? An, quod, ut operam elevent, exprobrant, nonnisi epitomen Sigoniani operis esse, si tamen præterea nihil est, aliquid inde ab ejus usu decedere dixeris? Permulta sane complectitur illa epitome, quæ

*indocti discant, & ament meminisse periti.*

Nec, puto denique, auctor eo umquam superbiæ processit, ut Gravinæ luminibus, etiamsi potuerit, officere voluerit. Sunt Gravinæ in hoc studiorum genere ingenria, merita a nemine forte æquanda, non sunt tamen patris nulla. Æquissimum sane judicium non videtur ejus, qui non inita consilii ac instituti, quo scripsit auctor, ratione judicat. Rem potius eorum judicio relinquo, quibus de his judicandi vis est & potestas, simul & otium & lubentia. Sed missis his ad alia transeamus. Eodem fere tempore, quo jurisprudentiam ex antiquitatibus illustrare aggressus erat, historiam etiam juris Romani & Germanici, ad quod ab hoc lumine destitutus non potest non caligare, meditabatur. At tum quidem illud consilium in aliud tempus differre coactus, CHRISTIANI THOMASII *Delineationem historiæ juris*, brevem illam quidem, sed instituto satis aptam, in usum auditorum recudi curavit, eamque præfatione commendatiria atque apologetica ornavit.

XVI. Eloquentiæ famam sibi jam pridem paraverat pater, ac jam in facundissimis ævi sui oratoribus numerabatur. Sermonis sane latini omnes elegantias callebat, & sive scriberet, sive diceret, facile adparebat, illum fere, quod summum est in dicendi arte, attigisse. Eminuit certe in dictione ejus non solum linguæ Romanæ puritas, sed & numerus ac nervus, ac naturalis quædam orationis pulchritudo. Certe hic, si quis alius, cum Tullio sentiebat, vehementer aburi otio & litteris, qui ea, quæ dicturi essent, copiose ornateque dicere non possent. Latinæ Græcæque litteraturæ contemptus & neglecta in dies magis magisque severa veterum lectio, ac natæ inde, quin studio

ad-

adfectatæ, stili sordes ac fœtores patri, nescio quid deplorandæ barbariei portendere rei litterariæ videbantur. Difficile dictu est, quantum publicum hunc in Fridericiana saporem promoverit CHRISTIANI THOMASII, magni utique jureconsulti laude haud defraudandi, quin & viri ob repurgatam erroribus philosophiam æque ac jurisprudentiam omni encomio majoris, documentum, ad imitandum, ut in conspectis fieri exemplis adsolet, sibi a permultis propositum. Is enim consulto ac veluti dedita opera incultum asperumque dicendi genus in scriptis sectabatur, cum dignitate forte ac gravitate philosophi ac jureconsulti, quos decet magis rem quam verba metiri pugnare censens, si orationem operose ad cultum effingere laboraret. Barbarum itaque, incomptum ac inficetum dicendi genus sequebantur, omnesq. gratias ac veneres, tamquam sirenas ab utilioribus & pragmaticis artibus aures animumque divertentes, fugiebant. In quo quidem haud reputabant Platonem illum non intelligendi solum sed & dicendi gravissimum auctorem & magistrum, ejusque exemplo Ciceronem eleganti perque venusta majestate verborum sapientiæ plurimum adhibuisse dignitatis. Uterque sane, judice APULEJO, (*) *veterum, philosophorum sententias, cum ratione firmando, tum ad orationis augustæ honestissimam speciem deducendo perfectas atque etiam admirabiles fecit.* Et sane, quemadmodum oratio vel feri vel mansueti mitigative hominis, ingenii indicium est, sic ea gens, in qua masculæ eloquentiæ regula deficit, certissimum deperditæ bonæ mentis dat documentum. Inspice veteris recentiorisque ævi populos, invenies uti quisque bene sciteque dicendi arti studuit maxime, ita fuisse politissimum ac omni cultu omnigenæque doctrinæ laude florentissimum. Recte profecto Quintilianus, (**) subacti judicii auctor,
*si*

(*) *De dogm. Platonis p. m.* 28.
(**) *Lib. II. instit. orat. Cap.* 16.

*si nihil a diis oratione melius accepimus*, inquit, *quid tam dignum cultu ac labore ducamus, aut in quo malimus præstare hominibus, quam quo homines cæteris animalibus præstent: eo quidem magis quod nulla in parte plenius labor gratiam refert.* Quod si verum, uti est verissimum, quid turpius homini erudito, quam communi eruditorum linguæ, quæ Latina est eritque, decus ac cultum detrahere? Et imperite loqui, imperitia est, & summa profecto inhumanitas, litteras limo lutoque inquinati sermonis obruere. Humanius itaque sentiens pater mature satis orationem perpolire, omnesque stilo Latino veteres adsequi, summa ope elaboravit. Quin etiam vitio gliscenti ac jam altius in dies radices agenti, præter CHRIST. CELLARIUM ac NIC. HIER. GUNDLINGIUM, nemo tum fortius patre meo sese opposuit. Non solum enim *fundamentis stili cultioris*, quæ eo tempore evulgavit, certam viam & rationem monstravit, qua ad artem pure, apte, ornate ac copiose discendi perveniatur, sed etiam frequentes in illum libellum scholas instituit. Neque hæc discendi facultas & fructus, qui ex ejus institutionibus oratoriis in studiosam juventutem manabat, illustres Fridericianæ curatores, neque adeo ipsum principem latebant. *Quum itaque*, inquit ipse in præfatione fundamentorum, *b. & immortalis gloriæ princeps* FRIDERICUS, *rex Prussiæ, publicum docendi munus in illustri hac academia mihi decrevisset, eo potissimum consilio id se facere professus est rex sapientissimus, ut iis qui se politioribus litteris consecrassent, viam, qua ad pulcherrimam istam laudatissimamque doctrinam possent pervenire, commonstrarem. Quam bene de studiosa juventute merendi occasionem tametsi mihi tunc, nescio quæ, præciperet invidia:* (*) *tamen*

*ex*

(*) In GUNDLINGIUM hæc dicta sunt, qui qua apud Regem singulari fruebatur gratia, facile obtinuerat decretam jam Patri eloquentiæ professuram, post fata CELLARII vacaturam.

*ex quo potentissimus rex FRIDERICUS GUILIELMUS publice docendi provinciam mihi imposuit, dandam mihi operam existimavi, ne nullum ex illa b. principis voluntate fructum caperetis.* Sic itaque natus est libellus præceptionibus luculentis admodum & commodis refertissimus, Halæ primo anno CIↃ IↃCCXVII. excusus. Gratus in primis hic labor docentibus, commodusque discentibus fuit, adeo ut classicam prope auctoritatem consecutus, ac in plerisque Germaniæ scholis introductus sit libellus, ab eo profectus, qui ad illa plane quam umbratica & scholastica studia natus videbatur. Fuerunt, qui intempestive seduli neque rogati observationes suas a mente auctoris non raro alienas huic libro adjicerent, cum quibus aliquoties recusus extat. Non sine indignatione alienam illam operam tulit auctor, tametsi honorificum illud officium grate semper agnovit, quod in commentando, illustrando, supplendo corrigendoque, quin & publice interpretando illo libro præstitit elegantiarum omnium arbiter ac peritissimus artifex, vir longe doctissimus musisque Heineccianis amicissimus, JO. MATTHIAS GESNERUS, heu! quondam Gottingensis academiæ ornamentum, quin totius Germaniæ honor.

XVII. Adhuc non sine uberrimo fructu insignique gratia privatus jurium doctor jus civile auditoribus legum cupidis enarraverat, quum in dies magis magisque nomen ejus effloresceret. Triennio post vero commendatione eorum, quorum curæ Fridericiana & res Palladia in orbe Prussico erat, in primis illustrissimi Purpurati, MARQUARDI LUD. A PRINZEN, opera effectum est, ut dignitas illi professoris juris extraordinarii ab Augusto decerneretur. Huic jungebatur adsessura facultatis, ut vocant, juridicæ, professoribus juris, qui extra numerum sunt, non facile concedi solita. Inde publico disputantium examini proposuit dissertationem *de levis notæ macula, ad l. 27. Cod. de inoff. test.*, in qua enucleata illa lege & querelæ inofficiosi historia exposita,

cur

cur Constantinus M. fratribus præteritis adversus heredes, probro aliquo diffamatos, succurrendum putaverit, deinde quæ sit illa levis notæ macula, quam in animo habuerit imperator, & denique, num tota illa de hac macula doctrina jureconsultorum ullum in ista lege præsidium inveniat, cum cura disquisivit. Dubia quædam contra novam sententiam in dissertatione illa propugnatam movit collega olim conjunctissimus, vir illustris JUSTUS HENNING. BOEHMERUS in opusculo *de querela inofficiosi fratrum consanguineorum*, quibus in Præfatione Opusculorum variorum συλλογῇ præscripta occurrendum putavit.

XVIII. Nec porro defuit amicorum & patronorum in ornando patre gratia, auctoritas & voluntas, aut Optimi Principis clementia. Non enim solum proximo anno CIↃ IↃCCXXI. inter antecessores ordinarios adjectus est, sed dignitati etiam illi honorificum aulæ regiæ Consiliarii munus additum. Et sane novum illud dignitatis ac fortunæ augmentum novos etiam igniculos subdidit, dignum se expectatione judiciove patronorum ac principis probandi. Itaque nihil prius nihilque antiquius habuit, quam ut studiosæ juventuti docendo, reique litterariæ scribendo prodesset. Specimina hujus industriæ edidit binis dissertationibus, altera *de collegiis & corporibus opificum*, altera *de navibus ob vecturam vetitarum mercium commissis* (*). Et alienis hoc tempore aliquot egregiis scriptis hanc operam navavit, ut recuderentur, quo in plurium manus venirent. Hinc tria-

(*) Calculo illam suo probavit Ill. BYNKERSHOEKIUS, *Obs. jur. publ. I. c.* 14. quin illi is honor contigit, ut Jureconsulti Anglicani in scriptis publicis, quæ occasione controversiæ de navibus Prussorum ab Anglis interceptis & commissis, prodierunt, sollemne huic dissertationi testimonium deferrent.

triadem dissertationum JACOBI PERIZONII *ad legem VOCONIAM, de constitutione divina super ducenda defuncti fratris uxore, & de variis antiquorum nummis*, nec non elegantissimos *Observationum juris libros priores* a CORN. VAN BYNKERSHOEK paullo ante in Belgio editos Halæ recudi curavit, illisque elegantes præfationes *de antiquitatum & artis criticæ usu in jurisprudentia* præmisit, quibus honorificum sane elogium meruit Jureconsulti Hispani longe doctissimi GREGORII MAIANSII, cujus tamen de Bynkershoekiana judicium paullo inclementius in Præfatione alteri Observationum tomo præmissa elevare ac diluere conatus est.

XIX. Quæ adhuc vulgaverat ingenii monumenta, multaque alia in academiam Halensem & Jurisprudentiam merita non latere nomen ejus sinebant. Famæ quidem non admodum studiosus ac propemodum, ceu ipse alicubi ait, illud λάθε βιώσας a puero adfectans, eam tamen nominis celebritatem satis mature consecutus est, ut jam expeti ab exteris cœperit. Magnus certe ille in aula regia administer atque academiarum curator supremus, illustrissimus A PRINZEN, non destitit illum enixe commendare regi. Quo factum est, ut anno CIↃ IↃCCXXIII. in Viadrina antecessor designaretur. Cur non obsequeretur tamen benevolæ Principis patronique voluntati, caussas non habuit. Morem itaque gerere constitutum erat, nisi mox nova consilii mutandi caussa data fuisset. Eodem enim tempore ab illustrissimis Frisiæ Ordinibus Franequeram, in locum ORTUINI WESTEMBERGII Jureconsulti, sufficiendus, splendidis admodum conditionibus oblatis evocatus, voluntati tam prolixæ non prorsus abnuendum duxit. Dubius tamen adhuc ancepsque animi, & tamquam in bivio constitutus, quo se verteret, nescius. Quemadmodum enim quieto ac tranquillo vitæ genere stabilique sede nihil prius nihilque antiquius habebat, ita vix a se impetravit, ut mutatis sedibus in tam dissitas regiones concederet,

ac

ac in tam insuetum cœlum migraret. Mox tamen verum expertus est illud Senecæ sapientis dictum ; *ducunt volentem fata, nolentem trahunt.* Quod postea adeo animo infixum hæsit, ut symboli loco haberet, ac philothecis amicorum & commilitonum memoriæ caussa inscriberet. Quid tamen fuerit, cur posthabitis Viadrinis conditionibus Franequeranas acceperit, dicam. Primo quidem morte ereptus illi erat frater amantissimus, magnum illius præsidium, JO. MICHAEL, qui illo ipso anno diem obierat supremum. Luctuosus iste interitus animum ejus magnopere concusserat, nec minus frangebant malevolorum & æmulorum insidiæ ac molimina, quibuscum illi ab eo tempore, quo ornari cœpit, perpetuo colluctandum erat. Non mirum itaque, si Fridericiana illa jam ingrata sedes videretur, a qua abesse quam longissime non admodum doleret. Neque minus momentum habebant lautiores Frisiorum conditiones, oblatæque amicitiæ doctissimorum in Belgio virorum. Et hoc denique multum apud patrem valuit, quod sciret, nullibi fere quam in Belgicis academiis largius ac honestius otium, musis amicissimum, professoribus concedi, quo in Germania non facile frui solent antecessores, molesto satis & ingrato respondendarum caussarum labore distenti, ac prope civilibus undis mersi. Quo fit, ut amœnioribus musis parcissima vacandi copia restet, quibus tamen, si suo actum esset arbitrio, habuissentque vota, quo caderent, se totum consecrasset. His itaque aliisque forte rationibus motus, rogata impetrataque prius a Rege honesta missione; sub hiemem anni CIↃ IↃCCXXIII., cum familia Franequeram migrat, amicis & discipulis ingenti sui desiderio relicto.

XX. Confecto satis molesto itinere, ingruebat enim bruma, urbem ingreditur, tanto concursu & adplausu a collegis, civibus ac studiosa juventute exceptus, ut facile adpareret quanta illius fuerit exspectatio. Florebant tum in illa academia, multis olim æque ac etiamnum magnisque nomi-

ni-

nibus illustri, viri clarissimi RUARDUS ANDALA, ALB. SCHULTENS, VENEMA MELCHIORIS, Theologi, ZACH. HUBERUS DOM. BALCK. Jureconsulti, MUYS & REGIUS, Medicis, TIBERIUS HEMSTERHUIS, PETRUS WESSELINGIUS Philologi & litteratores clarissimi, cum quibus collegis adeo amice vixit, ut numquam se cum his in gratiam rediisse meminerit. Antecessoris autem munus non ita multo post adventum auspicatus est oratione sollemni: *de Jurisprudentia veterum Romanorum formularia, ritibusque, quibus negotia civilia explicabantur, sollemnibus.* Deinde summo auditorum adplausu scholas juridicas aperuit. Ante vero quam Franequeram concederet, Leovardiam digressus innotuit celsissimo Arausionensium Principi, Magnæ Britanniæ Regis olim genero, totiusque fœderati Belgii quondam gubernatori hereditario, GUILIELMO CAROLO HENRICO FRISONI, pariterque Serenissimæ matris ejus, quorum gratiam continuo adeo sibi propriam fecit, ut non multo post princeps ille juventutis, Franequeram studiorum caussa concedens, ejus in primis institutioni committeretur. Eadem simul usi sunt plurimi ex præcipua Angliæ nobilitate juvenes, præsentia principis, futuri regis sui generi ad academiam illam illecti.

XXI. Quamdiu Franequeræ egit, docuitque, non unum ingenii partum favente Lucina edidit. Pertinent huc *Elementa juris civilis, secundum ordinem Institutionum & Pandectarum*, quibus lucculentissimis juris compendiis satis docuit, juris civilis non solum usum sed & artem in eo fuisse. Novam quidem red commodissimam auditoribus ac discentibus viam & rationem secutus est auctor, & quisquis cogitaverit, quo consilio atque instituto huic operi manum admoverit, ab eo non sine summo judicio hanc methodum electam esse, facile dabit. Auctor sane, qui jam inde ab ineunte ætate ita percoluerat ingenium, ut omnem doctrinæ elegantioris adparatum referret ad jurisprudentiam, ex illa sola arti in se abstrusæ

ac.

ac interpretum plerorumque inscientia miræ involutæ caligini lucem accendi posse arbitrabatur. Ea opinione imbutus in omnem antiquitatem, literasque & Græcas & Romanas ita se penetraverat, ut sibi eorum nihil, quæ ad eruendas legum rationes pertinent, prætermittendum putaret. Quumque satis animadverteret, veteres Jureconsultos certa artis suæ præcepta ac veluti principia ante oculos habuisse, ex quibus omnes decisiones suas fœcundo ingenio derivarent, omni ope incubuit, ut puros istos ac limpidissimos fontes recluderet, ac proprias & quasi domesticas rationes sagaci cura indagaret. Quo id demum consequutus est, ut omnes juris civilis decisiones non male cohærentes, nec tamquam sparsa Hyppoliti membra distractas disjectasque, sed nexu arctissimo copulatas istis libellis sisteret, incredibilique fructu e cathedra explanaret. Dici non potest quam avide a peritis æstimatoribus excepti sint isti libelli, quantamque sibi, eo quod nova ac inusitata via incederet, tritamque reliquisset jura tractandi rationem, conciverit invidiam apud eos, qui glandibus adsueti ad frugem repertam, nescio quo depravato gustu, nauseabant. Sed de lite methodo paternæ a quibusdam intentata, pluribus infra disserendi locus erit. *Commentarius* item *ad Legem Juliam & Papiam Poppæam*, Halæ conceptus, Franequeræ natus editusque est. In celeberrima sane hac lege, tamquam fundo jurisprudentiæ Romanæ, restituenda exponendaque omnes consumsit ingenii vires, tantamque illustris BYNKERSHOEKII, cui dicatus erat commentarius, iniit gratiam, ut auctori rescriberet, post Jac. Gothofredum illam legem plurimum Patri debere, & tametsi multa ad illam notasset in adversariis, tamen omnia jam pro non scriptis habere. Dissertationem quoque *de vitiis negotiationis collybisticæ*, ut & aliam *de origine testamenti factionis & ritu testandi*, quæ tamen maximam partem respondenti debetur, edidit. Repetitis Vinniani *Commentarii in Institutio-*

*tiones*, Boekelmannianique *juris compendii* editionibus Præfationes præscripsit. Recitationes vel *Prælectiones in Grotium ac Puffendorfium*, quibus auctor illos auctores Franequeræ explicavit, post fata auctoris editæ sunt.

XXII. Anno CIↃ IↃCCXXV. feriarum tempore animi caussa Amstelodamum excurrit, ex quo itinere hunc præcipue fructum retulit, ut amplissimum curiæ supremæ, quæ Hagæ Comitis vice sacra judicat, præsidem, Jurisconsultorum elegantiorum tunc temporis facile principem CORNELIUM ABYNKERSHOEK, qui tum forte eamdem urbem inviserat, coram salutandi venerandique copia frueretur. Tanto viro patris adeo probabantur studia, ut amicitiæ illum suæ ac jurisprudentiæ honorem appellare non dubitarit. Jam diu uterque propius noscendi se invicem desiderio flagrabat, & jam forte fortuna utrique copia insperata data. Nihil hoc congressu, cujus ipse pater in Præfatione Comment. ad L. Juliam meminit, suavius aut magis amicum, nec singularia quædam illius referre piget. Diverterat Amstelodami apud WETSTENIUM, librarium, virum doctum & patris amantissimum. Qui quum patrem ad cœnam vocasset, ut BYNKERSHOEKIUS una esset, curavit. Neutri prædixerat hospes, quibuscum cœnandum esset. Cœnæ pater, suavibus ut erat moribus, rem sic consulto & dedita opera instituerat, ut alter alteri suavissima captio fieret. Itaque varios sermones, qui forte serebantur, eo randem inflectere, ut cum patre de BYNKERSHOEKIO colloqueretur. Pater ignarus fraudis tanto viro justas dignasque laudes plena manu admetiri, votumque addere propius eum venerandi. Tum idem ad BYNKERSHOEKIUM conversus nunciare, se brevi Heineccium hospitio excepturum. Ille vero non minus, neque sine elogio, optare sibi salutandi illius copiam. Utrimque admiratio, de se tam honorifice dici, & sciscitatio ex hospite. Qui tandem animi impatientiam in utroque animadvertens, non possum, inquit,

quit, quin innocentem vobis fraudem meam manifestam faciam, suavissimumque errorem demam. Video vos mutuo amore ac cultu teneri; en ergo tibi, amplissime Bynkershoeki, Heineccium, tibique, Heinecci, Bynkershoekium. Quanta tum lætitia, quanta voluntatis mutuæque amicitiæ significatione se invicem amplexi sint, quantaque hilaritate cœnam illam exegerint, non est ut dicam pluribus. Præter Bynkershoekium quam maxime etiam coluit SICCONEMA GOSLENGA, virum togæ artibus illustrem, Frisiorum academiæ curatorem, qui certe patrem unice patrisque studia probavit, neque ullam ornandi augendique occasionem elabi passus est.

XXIII. Non diuturna tamen apud Belgas commoratio fuit, tametsi, si per eum stetisset, nunquam has terras dulciaque arva liquisset. Nihil sane ibi triste fere expertus est, præter obitum suavissimæ conjugis, quam primo statim anno florentissima ætate illætabili fato puerperam amiserat. Equidem fautorum copia, qui ejus caussa omnia volebant, amicorum consuetudo, splendidæ conditiones, altero anno auctæ munificentia Ordinum, & quæ primo loco nominanda erat, libertatis, qua Belgæ fruuntur, dulcedo, usura præterea amplioris honestiorisque otii, ac vitæ veluti desultoriæ tædium nec minus spes fulgentioris in Belgio fortunæ, facile eum dimovissent a consilio, in Germaniam, si qua occasio nasceretur, revertendi. Sed valetudinis & corporis febribus attriti, magis habenda ratio erat, quod non aliter quam haustu auræ siccioris, nam marina ista ac palustris corpori non omnino expediebat, refici posse videbatur. Animo hæc volventi offeruntur binæ professuræ in academia Viadrina, morte BERNARDI HENRICI REINOLDI & ARNOLDI WESENFELDII vacantes, ad jus civile & philosophiam in ea accademia docendum, cui jam quadriennio ante erat destinatus. Oblatis conditionibus non renuendum arbitrabatur. Renuit tamen, atque venia simul disceden-

 di

di rogata, ad illustrissimos Ordines, unaque ad Arausionensem principem se defert. Propositis quidem melioris sortis conditionibus, quas numquam sine audacia sperare potuisset, a consilio avertere student. Sed prævaluit, neque injuria, valetudinis ratio. Missione itaque impetrata, quæ quidem in Belgio nemini denegatur, vasisque conclamatis, iter adgreditur non sine dolore, ominibus, votivisque acclamationibus amicorum. In his V. C. PETRUS WESSELINGIUS eleganti prosphonemate discedentem prosequutus est, quod hic locum meretur.

O, qui flos hominum es venustiorum,
HEINECCI, & Themidos decus sacratæ,
Id, quod nunc agitur, iter vorabis
Aptis sarcinulis & expeditis:
Non unquam metues graves ruinas,
Nec casus alios periculorum,
Salvus pervenies, domumque figes
Qua musæ Viadri colunt fluenta.
Quin semper tibi erit bene ac bene,
Si caros modo me & meos sodales,
Qui te plus oculis suis amarunt,
Haud unquam ex animo tuo repelles.
Hinc me, si sapis, & meos sodales,
Inscribes penitus tuis medullis,
HEINECCI, Aonidum decus sororum.

Sub autumni ingressum Francofortum adpellit, ab amico in primis vetere, cujus desiderium vix ferebat, quove illi nemo conjunctior alter, viro illustri & Jureconsultorum sui ævi coryphæo CHRIST. GODOFREDO HOFFMANNO, Consiliario regis intimo & ordinis juridici præside, amicissime exceptus. Hujus viri opera plurimum patri apud Regem regiosque administros jam tum æque ac postea ad dignitatis & præmiorum augmentum valuit, nec facile potiorem amicum, ac cui plus debuisset, habuit. Compositis sarcinis fessoque ab itinere corpore, necdum a febre libero, paullisper refecto, auspicium novi muneris fecit sollemni oratione *de Jureconsultis semidoctis*,

*Elis, caussisque, cur tam pauci hodie ad veram jurisprudentiæ laudem perveniant.* Hanc autem publico programmate indixit: *de P. Juventio Celso, sæculi sui ornamento.* Varia deinceps scripta edidit, quorum rationem auctor in Præfationibus, quantum satis est, dixit. Summam ac indicem omnium scriptorum, minorum in primis, pariter ac brevem illorum historiam exhibebimus sub calcem commentarii nostri. Justæ tamen molis libros Francofurti editos memorare liceat. Huc pertinent *Elementa philosophiæ rationalis & moralis*, quibus præmisit primas veluti lineas *historiæ philosophicæ.* Hæc non solum ut partes philosophiam docendi, quas cum altero maxime antecessoris conjunxerat providentia Regis clementissimi, expleret, adornavit ediditque, sed quotannis etiam summo auditorum plausu frequentiaque explicavit, nec scio an disertior aut gratior & magis popularis umquam doctor e cathedra philosophica recitaverit. Ad auditores provoco, quos tum magno numero habuit. Gratias certe si umquam, tum maxime in acroasibus philosophicis adeo sibi propitias habuit, ut horæ momento citius effluere viderentur auditoribus, & hi tamquam diuturnam sitim expleturi ad eas advolarent, probe gnari & prodesse & delectare mirifice doctorem. Anno sæculi tricesimo primo fasces rectoris academici suscepit, qui quum tradi successori solerent die S. Gallo dicato, occasionem sumpsit publice dicendi orationem: *de C. Aquilio Gallo, Jureconsultorum sua ætate coryphæo.* Sed & de alienis scriptis quibusdam, veluti BALTHASSARIS GRACIANI, atque EZECH. SPANHEMII, bene meritus est. Nonnulla, ut index subjectus notabit, horum recudi fecit, ac Præfationibus ornavit.

XXIV. Francofurtum illi gratissima & exoptata sedes, nec scio, an alia illi magis placuerit! Hinc inter musas Viadrinas senescendi, perpetuumque ibi ac immotum, si fata vellent, domicilium figendi, firma sedet animo sententia. Itaque ædes sibi comparare, bibliothecam instruere, quasi de

stabili mansione certus. Undique jam confluere ad virum audiendum, cujus fama late regnaverat per orbem. Et profecto non nimium tribuo patri, si dixero, nunquam illam academiam neque florentiorem neque frequentiorem post summi viri HENRICI DE COCCEI excessum exterorum studiosorum concursu fuisse, neque statum; quo nunc est, ulla ex parte comparandum esse cum illo tempore, quo ibi docuit HEINECCIUS. Cum illo fere natum esse florem & interiisse dixeris, nec illuc civium est quisquam, in quo non vivat gratissima ejus memoria, quive non florentissima illa tempora cum desiderio reminiscatur. Quanti propterea apud illustrissimos academiæ curatores fuerit, & quantum momentum in hoc uno doctore situm existimarit ipse Princeps, ex eo adparet, quod aliquot annis post eundem in Fridericianam, cujus illi præ reliquis academiis præcipua & singularis cura erat, invitum pœne ac reluctantem migrare jusserit, persuasus neminem illi majus HEINECCIO adlaturum esse incrementum. Eadem aliis Principibus & Rebuspublicis de hoc viro stabat sententia, ut de illo sibi habendo certatim contenderent. In academias enim subinde Hasniensem, Marburgensem, Giessensem, Jenanam, Lugdunensem, Trajectensem honestissimis æque ac lautissimis præmiis evocatus est, non solum, quum adhuc Francofurti ageret, sed postea etiam, quam Halam concesserat, qui nescio an ulli facile honor evenerit. Quod quum relatum esset potentissimo Prussiæ Regi, novæ clementiæ singularis erga illum documenta editurus, operamque illius sibi tanto magis addicturus, anno CIↃ IↃCCXXXI. contulit illi splendidissimam *Consiliarii intimi* dignitatem, addita insigni benevolentiæ significatione. Ex quo tempore rogatus a Principe sententiam in magnis ac momentosis negotiis publicis consilia edidit. Nihil autem quamdiu Francofurti ageret illi suavius, aut jucundius fuit consuetudine collegarum, priscæ fidei ac singularis candoris virorum, CHRIST. GO-

GODOFREDI, ac JO. GUILIELMI fratrum HOFFMANNORUM, quibuscum tam indivulsam amicitiam coluit, ut nulla pæne dies præterierit, quin aliquot horas una consumerent. Locupletissima HOFFMANNO seniori bibliotheca erat, in qua tamquam communi aliquo amicorum nido plurima de communibus studiis, ac quæ forte moliebantur scriptis, conferre consilia solebant.

XXV. Ex voto & animi sententia apud Francofurtanos jam sextum, & quod excurrit, annum egerat, quum de se Fridericianæ reddendo clementissimi Regis voluntatem cognosceret. Destinabatur tertius in ordine juridico locus post Cancellarium JO. PETRUM DE LUDEWIG & Directorem JUSTUM HENN. BOEHMERUM, servato Francofurtano stipendio amplissimo mille Joachimicorum, pariterque philosophiæ professione. Deprecatur, quibus rationibus posset, mutationem ipse; deprecati cives, memores quam adventus illius res Francofurtanas provexisset; nihil hæc tamen tenacem propositi principem, non sine summa ratione quidquam decernentem, mente quatiunt solida. In obsequio ergo gloria relicta. Quare jussui Principis obtemperaturus sine mora itineri Halensi sese accingit, ex quo Lipsiam veterem alumnam & ingenii formatricem excurrens, doctissimos, quos sinu suo tum fovebat, viros salutavit. Fridericianæ sic quasi postliminio restitutos anno sæculi tricesimo tertio, Majo exeunte eo anni tempore, quo juris cæterarumque disciplinarum professores scholarum, quas ibi stato tempore singulis semestribus exordiri solent, initium jam fecerant, Prælectiones ordinarias in semestre hibernum differre coactus est. Otium itaque aliquot mensium in ædibus comparandis, bibliotheca ornanda, adornandaque historia Juris Romani & Germanici, idque satis festinante calamo, consumpsit. Vix primæ hujus libelli pagellæ typis excriptæ erant, quum Prælectiones, quibus illum publice interpretaretur, indiceret programmate auspicali *de Salvio Juliano*,

*Jureconsulto, edicti perpetui conditore.* Ex quo tempore omnes fere jurium partes, civile Romanum, Germanicum, feudale, publicum, cambiale, tum & philosophia moralis, jus naturæ & gentium, historia & antiquitates, itemque Litteratura Juris argumentum Recitationum fuerunt. Neque defuit iis, qui disputando privatim exerceri, vel examen subeundo vires suas probare & roborare cuperent. Quidquid temporis reliquum erat, libris scribendis aut de jure quærentibus tribuit. Crescit fama ac cum illo fortuna, & Hala jam non ingrata sedes statioque, occupatissima licet, non honorifica minus quam lucrosa. Plurima identidem scripta adornare cœpit. Nam præter *historiam Juris*, quam, primæ editionis exemplis brevi divenditis, auctiorem emendatioremque Trajecti ad Rhenum recusam dedit, a viro demum illustri & doctissimo JO. DANIELE RITTERO, alioque docto Argentoratensium jureconsulto, SILEBERRADIUS fertur, observationibus locupletatam, edidit *Elementa Juris Germanici tum veteris, tum hodierni*, nec non *Elementa juris naturæ & gentium*, quæ in Anglia in Anglicanam linguam versa prodiisse scimus. Nolo jam tot dissertationum mentionem facere, quas publice venditandas proposuit, nec commemorare Præfationes utilium argumentorum, quas alienis operibus præscripsit. Dabit enim censum eorum Index scriptorum omnium commentario nostro subjectus.

XXVI. Quam utiliter tempus suum Halæ triverit venerandus Parens, ex tot tantisque monimentis ingenii, operaque indefessa discipulis navata, satis adparet. Verum hic non substitit sollers animi cura, adsiduusque labor viri, non ad speciem & speculationem docti, sed ad usum & vitæ commoda traducentis late patentem scientiam: probe quippe gnarus, *esse hanc*, ceu ait Euphrates philosophus apud PLINIUM, *philosophiæ æque ac jurisprudentiæ pulcherrimam partem, agere negotium publicum, cognoscere, judicare, promere, & exercere justitiam, quæque ipsi doceant,*

*ceant, in usu habere.* Taceo enim innumeras fere quæstiones juris, quæ ad collegium juridicum tamquam commune aliquod oraculum, sive ab advocatis, sive a litigantibus rerum suarum dubiis, sive a judicibus & curiis ipsis deferri solent, quibus illi cum collegis respondendum fuit. Adhuc privatim ipse consultus in arduis & maximi momenti caussis sententiam dicere non detrectavit. Specimina aliquot post fata optimi Patris edidit in *Volumine consiliorum, decisionum & responsorum juris, in caussis illustribus ex jure Imperii Germ. publico, feudali & matrimoniali tractatis*, quorum adhuc plura volumina in schedis latent. Fuerunt extraordinaria quoque munia subeunda, illisque temporis non minima pars tribuenda. Magistratum academicum semel Halæ gessit, sæpius Decani tam juridici quam philosophici ordinis provincia ad illum rediit, quæ omnia labore non vacant. Societati litterariæ uni alterique nomen dedit. Quam enim præ ceteris Halæ amicos coleret JAC. SIGISM. & ALEX GOTTL. BAUMGARTENIOS, nec non JO. HENR. SCHULZIUM, viros olim omnigenæ doctrinæ laude illustres, & eruditissimos, aliquot ante obitum suum annos litterarium cum iis commercium iniit, eo consilio, ut stato singulis hebdomadibus die convenirent, & circa historiam sacram & profanam, litterasque elegantiores Græcas & Romanas, ac rem nummariam, SCHULZII in primis delicias, consilia conferrent. Sed & societati Latinæ, quæ Jenæ floret, socius honorarius adscriptus est. Novissimus labor fuit splendida accuratissimaque Lexici Brisoniani editio, quæ post excessum ejus Halæ CIↃ IↃCCXLIII. lucem vidit. Novissimum hunc laborem dico, nam huic immortuus est. Vere enim labor fuit, integrum magnæ molis opus describere, omnes ac singulas leges ex corpore juris, omniaque loca auctorum veterum evolvere, numerosque legum & librorum capitumque sigillatim notare, articulos omnes rectius disponere, diversas unius verbi si-

gnificationes accuratius eruere, suoque loco inserere, vim & potestatem cujusque sollertius definire, novis denique observationibus locupletare & augere. Animus auctori erat, luculentam & prolixam *de recto ac sano artis Grammaticæ & Criticæ in Jurisprudentia usu* præfationem addere, sed morte præventus est. Præfandi officio functus est vir quibuscumque meritis illustris, Ducatus Magdeburgici deinceps Cancellarius, Fridericianæ Directior, JUSTUS HENNINGIUS BOEHMERUS, amicissimus quondam patris collega.

XXVII. Multa, ut vidimus, scripsit diligentissimus auctor, plura editurus, nisi aut mutatum toties domicilium & vitæ genus, quod studia etiam alia exigebat, negotia item multa magnaque, vitæ denique summa brevis spes inchoare longas vetassent. Tekam brevi indicem operum, quæ superstes olim meditatus est, ut alios forte excitem sive ad telam cœptorum pertexendam, sive ad idem conandum efficiendumque. Equidem memini me jam supra referre, statuisse illum aliquando historiæ ecclesiasticæ syntagma adornare, mutata autem studia cum nova statione illum fere a pristinis amoribus avocasse. Alte nihilo secius infixum menti hæsit hoc propositum. Quemadmodum enim primum amorem non secus ac naturam si expellas furca, tamen usque recurrit, ita sub extremum vitæ tempus, cujus non minimam partem contemplationi rerum divinarum, annaliumque ecclesiæ investigationi impendit, juveniles illas delicias repetiit, diverso licet consilio. Constituerat enim historiæ ecclesiasticæ lucem accendere, simili fere via ac ratione, quam sequutus deinceps est celeberrimus JO. GE. PERTSCHIUS. Movit vero tantum, nihil tamen promovens, nec quidquam aliis negotiis districtus perfecit. Quum apud Frisios ageret, tria opera molitus est. Proposuerat quippe sibi *Edictum* illud *perpetuum* a Salvio Juliano auspiciis Hadriani Imperatoris conditum, fundum ac fontem illum jurisprudentiæ in lucem revocare, deinde SEX. POM-

POMPEJUM FESTUM *de verborum significatione*, postremo JAC. CUIACII *opera omnia* nova luce donare. Certe si otium suppetiisset, quo Franequeræ statis anni feriis fruebatur, non dubium est quin perfecerit Edictum perpetuum, opus jureconsulto & votis eruditorum dignum. Consilium autem ejus eo tendebat, ceu in historia juris ipse refert, primo ut pleniorem Edictorum, Edictique perpetui historiam conderet, deinde ut ipsum Edictum pristino ordini integritatique, quantum fieri potest, restitueret, tum probationes ac commentarium amplissimum adjiceret. Postremo ne quid ad perfecti operis formam deesset, ordine suo disponere constituerat fragmenta librorum, quibus varii Jureconsulti Romani illustrarunt Edictum illud celeberrimum. Verum opus illud perficere, datum non fuit homini negotiosissimo. Ego sane præter historiam Edictorum, Edicti partes cum probationibus nihil in schedis paternis reperi. Qualiacumque tamen fuerunt, fasciculo opusculorum posthumorum a me edito inserui. FESTI quidem nova editio in spongiam abiit. Jam schema omnium operum Cujacianorum a se edendorum publicaverat ὁ μακαρίτης. Enimvero justo minor subscribentium, ut vocant, numerus a proposito deterruit bibliopolam Jovan der Linden, qui profecto nullis pepercisset sumptibus, ut accurate nitidissimisque litteris prodirent. Jam antequam Franequeram tenderet, *de Antiquitatibus Juris Germanici*, eodem instituto, quo illud Antiquitatum Romanarum syntagma adornaverat, edendis non cogitaverat solum, sed illud opus etiam ad finem perduxerat. Egerat autem cum Dulseckero, Librario Argentinensi, de illis nitide accurateque imprimendis, simulque de honorario. Acta transactaque omnia per litteras erant. Dulseckerus autem rogato auctore, ut expectaret, donec Lipsiam, quo ad nundinas autumnales ire decreverat, Halam ipse excurreret, conventionisque legibus coram satisfaceret, expectari a patre non potuit. Itineri enim ad Frisios intentus, Frane-

queram festinabat. Itaque a Jo. CHRIST. FRANCKIO, jurium doctore, cui totum negotium permiserat perficiendum, partem aliquam honorarii a Dulseckero promissi accepit, autographo in pignoris vicem tradito, ea lege, ut nomine a Dulseckero expuncto illi redhiberet pignus. Interea auctor ad Frisios tendit, ignatus fatorum, quæ habiturus sit libellus. Illætus tamen illorum continuo nuncius perfertur, Franckium bonis exolutum fuga salutem petisse, cesso creditoribus quidquid bonorum supererat. In his quum libraria supellex esset, illam illustris quondam Cancellarius, JO. PETRUS A LUDEWIG, cui plurimum debebat Franckius, ad se derivat. Equidem pater non minus quam Dulseckerus nihil fecerunt reliqui, ut redimerent pignus: sed irrito semper conatu. Latuit sane hæc præda, quam possessor caute dissimulabat, donec totam rem palam facerent illustris viri heredes inserendo illud autographum catalogo bibliothecæ Ludewigianæ: divendita illa emptorem invenii nescio quem, in cujus manibus adhuc delitescit opus luce dignius futurum, si jacturam postea non aliquo modo reparasset auctor edendo *Elementa Juris Germanici*. Sed & alia agitavit diligentissimus scriptor, veluti *Lexicon Juris Germanici*, (*) *Syllogen paroemiarum Juris Germanici*, *Historiam Ludovici Germanici Imp.* (**) *Historiam genealogicam ser. Domus Hassiacæ*, *Elementa prudentiæ civilis*, ut & *Juris publici Imp. Germanici*. Et *Gellii* aliquando novam editionem procurandi animus fuit. Fasciculos quosdam Dissertationum Juris rariorum edendi consilium substitit in Triade Dissertationum Perizonianarum.

XXVIII. De amicis quos sibi judicio quodam delegit, & patronis ex nobilitate & proceribus,

nec

(*) Cujus aliquot specimina *Repertorio suo Juris civilis* inseruit vir ill. HELFELDIUS.

(**) Fragmenta illius historiæ edita in *Syll. ge Opusculorum posthumorum.*

nec non de obtrectatoribus & adversariis, si quos habuit præter eos, apud quos invidiæ fama erat, non nihil dicendum restat. Quos in primis coluerit amicos, passim retulisse me memini, noloque repetere. Patronos vero veneratus est maximos in aula regia administros ac purpuratos, MARQUARDUM LUDOVICUM L. B. A. PRINZEN, FRID. ERNESTUM S. R. I. BAR. IN KNYPHAUSEN, LUD. OTTONEM NOB. DOM. DE PLOTHO, SAMUELEM A MARSCHALL, CHRIS. DE BRAND, & qui primo loco nominandus erat, virum illustrissimum quovis elogio majorem, SAM. LIB. BAR. DE COCCEII, magnum orbis Borussici Cancellarium, justitiæ statorem, litterarum grande decus ac præsidium. Taceremne ego vel non prædicarem potius patronum, cui Pater innumera, ego vero aliquando per integrum biennium in domo familiaque benignissime habitus, munereque ac dignitate, qua cum maxime fruor, ab illo ornatus, omnia debeo? In maximis quoque patronis ejus censendus in primis est in aula Hanoverana Administer Status, illustrissimus GERL. ADOLPHUS DE MUNCHHAUSEN, conditor Georgiæ augustæ immortalis, rarum sæculi ornamentum & vero nomine Mæcenas. Magnopere etiam probatus fuit illustrissimis Frisiæ Ordinibus, & in his laudato jam SICCONI A GOSLINGA. Gratia sua & benevolentia singulari signum quoque existimarunt sago & toga heros maximus FRID. HENR. S. R. I. COMES DE SECKENDORF, nec non aliter ejusdem nominis & gentis CHRISTOPHORUS FRID. L. B. DE SECKENDORF, senatus quondam sanctioris Onoldini Princeps. Addo patronis his merito suo & natalium splendore & meritis vere illustrissimum in aula Danica nomen, HENRICUM VI. JUN. STIRPIS COMITEM RUTHENIUM. Hos inter innumeros memorare sufficiat. Nam quis non probavit patrem ingenio, scriptis & meritis probatum?

XXIX. De amicis hactenus. De obtrectatoribus

bus & adversariis horumque in patrem iris adhuc pauca. Non unius sæculi fuit ea labes & macula, virtuti invidere. *Omnes*, inquit LIPSIUS, (*) *qui excellere aliqua in re conantur, non enim dicam, qui excellunt, statim adflavit malevolentiæ aura. Vita veteres, reperies; circumspice hodie nostros, idem.* Et pater arte aut sine meritis, aut solus inter mortales invidiæ non obnoxius fuisset. Hoc vitium & studium famæ, ad quam quis non grassatur, plerarumque inter eruditos æmulationum & contentionum caussa, sed forte non omnium. Et amor veritatis, laudandus quidem, sed temere plerumque prætensus, non injusta nec ingloria quandoque bella movet. Huic caussæ forte adsignanda est amica disceptatio a V. C. E. A. O. C. PAGENSTECHERO, Antecessore Herbornensi cum patre meo de sensu *l.* 1. *D. de curat. furios.* inita, quam sine pulveris jactu agitatam videmus in *Epistolis amœbæis.* (**) Unum tamen & insigne illud quidem, æmulationis dicam an obtrectationis, documentum memorare non dubito, quod in eumdem edidit collega quondam JO. WOLFGANG TRIERUS, non modo nulla umquam a collega injuria provocatus, sed non uno etiam officio devinctus. Vir ille, doctrinæ multiplicis ingeniique laude haud defraudandus, sed nescio qua in patrem invidia tabescens, famam nominis, qua luminibus forte ejus offecerat, atterendi occasionem diu acquisiverat. Invenit tandem, vel rapuit potius, quum non nemo patrem adversus CHRIST. MATTHIÆ PFAFFII, iniquum de methodo axiomatica, ut vocant, qua interpretatus erat jus Romanum, judicium defendisset. Originem ingloriæ litis ab ovo, ut dicitur, repetam. Classicum cecinit vir summe reverendus laudatus PFAFFIUS, Tubingensis Academiæ Cancellarius quondam & ornamentum, e-
dita

(*) *Epist. Misc. Cent. I. Epist. LXXVIII. p. m. 92.*
(**) *Tom. III. Oper.*

dita oratione, *de Chirographo Apostoli Pauli*, in qua refutaturus eorum sententiam, qui illud negotium, quod inter D. PAULLUM & Philemonem de Onesimo intercessit, *pro expromissione* cum ZACH. HUBERO, & qui hunc secutus erat, Ven. Patre habent *ὡς ἐν παρόδῳ* in methodum illam axiomaticam, mathematicæ æmulam; qua in Elementis juris civilis usus erat Pater, calamum strinxit. Docendi hanc viam & rationem axiomaticam vocant ab illis regulis & axiomatibus, ex definitionibus juris legitime deductis, quibus omnes juris θέσιν seu positiones superstruit. Vix in lucem prodierat magni hujus theologi de jurisprudentia ejusque docendæ ratione judicium, cum addictissimus quidam discipulorum edito *Examine orationis Pfaffianæ* defensorem methodi Heineccianæ agens, nimio in præceptorem amore abreptus, asperiore, quam par erat, (cur enim diffitear?) stilo in celeberrimum adversarium inveheretur. Non omnino probavit nimium in se studium Pater, a litium fervore & tantis iris alienus. Interea TRIERUS, quem dixi, occasionem sibi opportunam natam ratus, aliquid contra collegam, cujus semper æmulus fuerat, moliendi, sub persona GOTHOFREDI JAC. SCHUTZII *Examen methodi axiomaticæ, qua in Elementis juris civilis usus est Heineccius* protrudit. Prætendebatur caussa, intolerandus Examinatoris orationis Pfaffianæ compendii Lauterbachiani contemptus, & thus nimis prodige methodo Heineccianæ accensum. Nihil ipse, tametsi male habitus, initio reposuit Pater. Vindicem tamen brevi invenit virum celeberrimum GODOFREDUM SELLIUM, qui *in vindiciis methodi, qua in Elementis juris civilis usus est* JO. GOTTL. HEINECCIUS, Trai. ad Rhenum, cIↃ IↃCCXXXIV. (*) depexum dedit TRIERUM, nihilque, quod ad

(*) *Acta erud. Lips.* 1735. *Mart. Mens. p.* 115. 118.

ad usum & præstantiam illius methodi pertinere videbatur, intactum reliquit. Ipse Pater tandem stilum acuit, sed quasi aliud agens, in præfatione Corporis juris civilis, novæ editioni Krugianæ præmissa, (*) uti & altera, Opusculis Pomponii Enchiridion illustrantibus præfixa (**). Vexatus denuo nescio quibus vindiciis vindiciarum, quas laudatis Præfationibus opposuit Trierus, (***) nihil regessit, sed calamo ultori ferias indixit. Interim & amatores & imitatores nacta est ista methodus Heinecciana. Ad hoc enim exemplum scripta sunt a V. ill. SAM. FRID. BOEHMERO *Elementa juris criminalis*, a JO. RUD. ENGAU *Elementa juris Germ. civ. & criminalis*. Probavit eamdem methodum, qui non omnia patris probare solet calculo suo, vir sane doctissimus, elegantis admodum ingenii, Lipsiæ singulare decus, CAR. FERD. HOMMELIUS, in eruditissima *Litteratura juris.*

XXX. Vitam venerandi Parentis præclare actam, fata memorabilia, studiorum rationem, scripta, dignitates, honores, præmia & quidquid ad eum pertinere videbatur, narrandi dulci officio functus sum. Juvabit adhuc imaginem compendio expressam sistere, ut indolem, animumque ac mores cognoscas. Corpus illi robustum ac de- co-

(*) *Tom. III. Oper.*

(**) *Tom. eod.*

(***) Titulus, quem illis præscripsit, est: JO. GOTTL. HEINECCII *jurisprudentia axiomatica triumphans, glossulis admodum* ACCURSII *illustrata a* GUELPHO GIBELLINO MARTELLO, J. U. D. *cujus etiam responsum juris præmissum.* Colon. &. Lips. 1735. 8 Totius funestæ litis historiam habes in *Bibliotheca juridica Lipenio Jenichiana*, p. 571. nec non in *symbolis ad historiam litterariam juris*, quæ auspiciis V. illustris DAN. NETTELBLADTII Halæ prodeunt, Fasc. III. Sect. V. §. 4.

corum, statura mediocris, insignis oris atque orationis commendatio. Equidem ab ineunte ætate parce ac frugaliter, numquam tamen sordide vixit. Firma hinc stabilisque valetudo, ingenium ad omnia promptum. Labores multiplices, quos sibi vel ipse imperabat, vel imperabantur, sustinere facile & perferre. Adeo negotiosus, ut cathedra, libri, respondendi munia omne tempus absumerent. In votis erat largior paullo otii copia, ad exascianda & elimanda opera quædam, quæ inter varia negotia concinnaverat, vel fuderat potius. Parum temporis amicis, Halæ maxime, animo fere nihil dedisse, vitio datum est. Rei familiaris & domesticæ, propria doctissimis hominibus culpa, admodum incurius. Parandarum opum numquam studiosus. Vix senas horas etiam ad senectam vergens somno dedit, museo adeo adfixus, ut ne hortulum quidem, quem ædibus proximum eumque peramœnum Halæ habebat, vix semel iterumque per annum inviseret. Bibliothecam non numerosam illam quidem, sed selectorum & optimorum in omni scientiarum genere scriptorum adparatu satis locupletem, atque ab ipso apto ordine dispositam habebat, nisi forte hæc illum. Ab his enim deliciis, & quasi regno suo & animi medicatorio non facile divelli se patiebatur, ita ut sæpe dicere meminerim, se præ his lautitiis neque Salomoni gloriam, neque Arabiæ reginæ opes invidere. In concinnandis scriptis tam expeditus, ut calamus cogitationes præcurrere videretur, & autographa nitide scripta, ac fere sine litura. In epistolis scribendis parcus & talibus officiis prope mancus, multum temporis iis inaniter absumi ratus (*). Et si dicendum, quod res est, non illi satis ad hoc otii.

Non

(*) Inseruit aliquot epistolas b. Patris *Fasciculo epistolarum a viris recentioris ævi maxime Latinis enarratarum* Ephr. Frid. Sonnenschmidius, *edito Magdeburgi*.

Non defuerunt tamen in clarissimis ævi sui viris, qui litterarum commercium expeterent tam in Germania, quam Belgio & Italia. Exstant adhuc apud me HOFFMANNORUM, EV. OTTONIS, JO. MATTH. GESNERI, JO. PETRI DE LUDOWIG, PETRI ET CASP. BURMANNORUM, CORN. VAN. BYNKERSHOEK, TIB. HEMSTERHUSII, ALB. SCHULTENS, CAR. ANDR. DUKERI, GODOFREDI SELLII, JO. BARBEYRACII, TOVILLEU, MATTHÆUCCI JC. LUCENSIS, CURSI DE RICCIS FLORENTINI, ISELINI, MASCOVIORUM, ABRAH. WIELINGII, PETRI WESSELINGII, cet. epistolæ ad illum exaratæ, quarum plures de rebus litterariis agunt. Exhibuit nonnullas in nova quantivis pretii Sylloga Epistolarum, quæ Norimbergæ prodiit, illustris mihique amicissimus editor. Memoria tenacissima, ex qua tamquam locupletissima penu facile depromere, quod opus esset. Cætera hilaris, comis, facilis, medius inter omne genus occupationum. Numquam difficilis, morosus aut gravis, sive amici, sive peregrini, sive liberi aut familiares turbarent circulos. Abrumpere sæpe filum in scribendo, & confabulationi se totum dare. Ut erat suavibus moribus & affabilis, jocari non inscite, & salibus sermones miscere, sive in cathedra, sive inter amicos habitos. Historias nemo melius narrare, nihilque narrationibus ejus facetius aut suavius. Inter amicos & familiares sine adfectatione & exserto cachinno risit, atque alios ridere fecit; nihil insulsius ducens, quam in amicorum concione de rebus agere seriis aut eruditis, tametsi cum eruditis non inerudite confabularetur. Nemini gravis, nisi quod in familiaribus ridiculum haud ferret. Difficile tum illi satyram non dicere. Si verum est, uti est verissimum, acerrima quævis ingenia ad satyram prona esse, nescio an quisquam illum ingenio superaverit. Certe ironicum illud ingenium sic in mores ivit, ut nullius unquam impunitam stultitiam transire pateretur; illi autem minime omnium

par-

parceret, qui sensu abundare & sapere altius viderentur, in quos paratum continuo dictum. Si cui illudere vellet, vocem, vultum, gestus, actionem ita referebat, ut coram videre putares. In hac sane arte Roscius. Idem tamen ingenium ad satyram pronius negotium illi aliquoties facessivit. Hinc simultas illa cum Theologis quibusdam Halensibus; de qua supra. Et postea si quod eo adhuc juvene in lucem prodiret dicacius scriptum, ii, qui nasum habere credebant, continuo ad illum referre. Cum NIC. HIERONYMO GUNDLINGIO adeo conjuncta & familiaris illi intercesserat consuetudo, ut non solum pleraque, quæ moliretur, secure invicem communicarent, sed ille etiam ærumnas & mœrores domesticos, quibuscum tanto viro domi suæ colluctandum erat, in patris sinum effunderet. Quin animi laxandi & reficiendi caussa communi mensa per aliquod temporis intervallum fruebantur. Ediderat ille Logicam; quam *Viam ad veritatem* inscripserat. Mox censor prodit, editoque libello sub titulo *Salebrarum in via ad veritatem* Gundlingium durius habuit. Qui æquo animo non ferens injuriam illam, & sollertius inquirens in auctorem, patri tandem adsignavit. Non improbabilem conjecturam conscientia prærepti paullo ante muneris eloquentiam publice profitendi, ut supra dixi, suppeditabat, ad quam injuriam ulciscendam patrem justo dolore adactum satyram sibi advocasse ultricem existimabat. Res in simultatem erupisset, nisi hic mature, ut facile erat, diluisset suspicionem, pleniusque ejus iram placasset dedicando illi fundamenta stili cultioris. (*) Verum postea Salebrarum auctorem, qui & CHRISTIANUS WOLFIUS & JULIUS BERN. DE ROHR putabatur, B. WOLFIUS in Epistola quadam ad Com. Dit. Koachium, Theologum Helmstadiensem, judicavit JO. FRIDEMANNUM SCHNEI-

(*) *Tom. III. Oper.*

SCHNEIDERUM, Logices professorem Halensem, (*) quem simili vel majore etiam in patrem & patruum furore scio debacchatum esse. Ad patrem redeo. In adfectibus ille paullo vehementior, & injuriis ad animum revocandis ardentior. Sic solent, qui nemini faciunt injuriam. In juvandis amicis consilio, ope, re diligens ac promptus, in commendandis suis paullo negligentior, vel, ut lenius dicam, meticulosior, probe memor illius dicti Horatiani:

Qualem commendes, etiam atque etiam adspice, ne mox
Incutiant aliena tibi peccata pudorem.

Futilitatis, inconstantiæ, levitatis osor acerrimus. Nihil temere, omnia serio & valde velle & agere. Deum, quod primo omnium dicendum erat, sancte & pie magis quam ambitiose coluit, rerumque divinarum studium illi summa voluptas. Sacra Biblia integra memoriæ mandavit, tenuitque ut nemo Theologorum fidelius & promptius. Est etiam, quod mireris, illum nuncio jam theologicis studiis misso, JCti jam munia obeuntem, & pietatem in DEUM excitandi & amicis divinorum mysteriorum interpretibus quibusdam de pulpitis sacris dicturis inserviendi caussa, plus aliquot centum homilias sacras composuisse, quibus celeberrimarum urbium templa personuerunt olim. Quid multis? si Romano more commendare patrem fas est, spondeo, *probiorem hominem, meliorem virum fuisse neminem.*

XXXI. Cum uxore, matre mea desideratissima, quam anno CIↃ IↃCCXVI. domum duxerat, suavissime vixit. Duxerat autem virginem omnibus animi corporisque dotibus ornatissimami. HENRI-

(*) Rem omnem exsequitur V. C. LUDOVICI *in pleniore Wolfianæ philosophiæ historia*, Germanice scripta *p. I.* n. 72. & 73. Add. Allerneust. Nachricht non juristichen Büchern. P. XIX. p. 227. *sequ.*

RICAM CLARAM JOANNAM, viri amplissimi, JAC. HEIRINGII, clientelæ Gros-Winnigstadiensis dominum, tractibus ditionis Brunsvicensis Hessumensi, Jerkheimensi, & Vogtsdalensi Præfecti supremi filium natum minorem. Ex quo auspicatissimo matrimonio suscepit præter filiolum unum, simul cum matre in partu exstinctum, tres liberos adhuc superstites. Me scilicet, qui natu maximus inter liberos ejus sum, excepit amantissimus frater, FRIDERICUS ANTONIUS, qui militiæ nomen dedir, atque copiis Augustæ Rom. Imperatricis addictus in omnibus bellis ab anno usque CIↃ IↃCCXLI. gestis stipendia meruit. Plerisque in Germania, Silesia, Bavaria, Italia, Provincia Galliæ expeditionibus interfuit, ac variis peregrinationibus in Hungariam, Transylvaniam, Galliam, Belgium, Angliam defunctus est. Cum maxime vero centurionis optionem & accensum agit, atque in honorifico pariter ac suavissimo contubernio illustrissimi viri S. R. I. BARONIS DE RIEDESEL Legionis equestris Cæsareæ Tribuni, Patroni optimi maximi vixit. Minima natu est soror dilectissima unica, HENRICA LUDOVICA, viro clarissimo CHRIST. ANDREÆ MEYCHIO, Com. Pal. Cæs. J. U. Doctori, nec non juris & hist. in Regio, quod Altonaviæ floret, Gymnasio Professori nupta. Pater vero uxore carissima, apud Frisios amissa, perpetuam sibi indixit viduitatem.

XXXII. Venio nunc ad tristia illa, & ad summum excessum viri incomparabilis, desideratissimi patris. Quam vellem acerbum illud & luctuosum parentandi officium longius dilatum! Sed vivit eheu! optimus Parens, sublatumque ex oculis quærimus frustra. Diuturnior illius usura & mihi & bonis omnibus optanda erat; sed noluit summus rerum humanarum votorumque arbiter, DEUS O. M. illum diutius inter mortales superstitem. Ita voluisse summum Numen, cujus nutu rerum humanarum ordo seritur, cujusque decreta merito no-

nobis pro ratione sunt, sufficiat. Vitam transegit dignam DEO, a quo creditam accepit dignam cœlo, quo rediit, neque nimio funera fletu facere fas est, nam ipsa morte præmium virtutis & laborum consequutus est, immortalitatem. Exiit autem ex hac vita tanquam virtutum suarum theatro, anno sæculi hujus quadragesimo primo pridie Calendas Septembres, ætatis sexagesimo. Eo quidem tempore, quo alium plane, quam ex vita discessum, (corpore enim admodum valebat) meditabatur. Cum enim Pot. Svecorum Rex, Landgravius Hassiæ, paullo ante Fridericianæ reddidisset splendidum illud, quod jam extinctum dolemus, lumen, illustrem Cancellarium quondam, CHRIST. LIB. BAR. de WOLF, in vacuum in Marburgenss. academiam locum clarum aliquem virum sufficere summo studio nitebatur. Itaque egit cum patre, oblataque splendidissima Procancellarii & Consiliarii Regiminis dignitate, primariaque juris Cathedra lautoque stipendio illum sacro diplomate evocavit, ab ipso Pot. Prussorum Rege veniam, quam ipse jam enixe rogaverat, impetraturus, ni fata intercessissent. Dum hæc aguntur, solita hæmorrhoidum incommoda acrioraque mala sensit, quæ pediluvio aliquo salino, uti consultum erat, levaturus, ulcus in altero pede natum, cujus rationem non habuerat, adeo excitat & irritat, ut dolores illum tandem lectulo adfigerent. Medici, quibus curandi negotium permissum erat, in medica pariter ac chirurgica arte peritissimi, HOFFMANNUS, JUNCKERUS, BASSIUS initio nihil minus quam vitæ discrimen ab ulcere metuebant. At inusitata virium defectio, quam simul ac decubuit æger sensit, spem recuperandæ valetudinis valde minuit. Quippe natura ipsa in expellenda noxa segnior, mox plane deficere videbatur. Inde ulcus tam profunde & pertinaciter hæsit, ut ad vicinas partes decurreret. Abscindi digitum ulceris sedem passus esset, si suasum maturius esset a me-

medicis. Succedentibus paulle post spasmis vesicæ urinam acribus ac corrosivis humoribus repletam non sine summo dolore propellentibus, gangræna ad has partes subnata esr, & jam omnis spes evanuit. Tantæ labis origo non potest non ad insueti cœli palustria, vitamque sedentariam & vigilias, ne ingravescente quidem ætate intermissas, referri. Ita ergo diem obiit supremum, hominem reliquit, animamque DEO reddidit, in quo per omnem vitam unicam fiduciam omnemque salutis spem collocavit. Postremis vitæ annis, quibus ego solus ex liberis jucundissima patris consuetudine usus sum, sacræ doctrinæ studiis subsecivas a laboribus ordinariis horas omnes dedit, & tamquam præsaga mente proximæ migrationis, piis cogitationibus pectus implevit. Cum morbum ingravescere, horamque decretoriam adpropinquare animadverteret, arcessi jussit senem venerandum, Virum summe reverendum FRANCKIUM, fratris quondam in sacri ministerii muniis successorem, coram quo, post confessionem, venia peccatorum suppliciter a DEO rogata & sacri opuli symbolis rite usurpatis, tam graves mortis meditationes instituit, ut discedens FRANCKIUS mihi confiteretur se, qui consolaturus ad ægrum accessisset, multo fortius a consolando solatium reportasse. Eodem mane gravissima & consilii plena oratione, cujus non sine lacrimis memini, adfectu plane paterno fausta mihi omnia adprecatus, ultimum vale dixit. Reliquos vitæ dies placide & fere sine sensu dolorum, quibus antea vexatus erat, transegit, ac sine ulla mentis alienatione obdormivit. Elatum sollemni funere, frequentique comitatu corpus amice recepit hereditarium illustris LUDEWIGII, amicissimi Collegæ, monumentum, commune ipsius LUDEWIGII, AUG. HERM. FRANCKII, STRYCKIORUM & doctissimi quondam juvenis, JO. PHIL. BARATERII conditorium.

TU

TU VERO, TER B. PATER, AVE ET SALVE, ATQUE INTER CŒLITES CORAM DEO ÆTERNIS OPERUM TUORUM PRÆMIIS FRUERE.

Expressit mœsta pietas inscriptionem ἐπιτύμβων, desiderii mei in patrem indicem, quam hic attexere liceat.

---

SISTE VIATOR
ET LEGE
VIRTUTIBUS SI SCIS POSTERITATI INTERESSE
SAPIENTES
NE LUGE NEU PLANGE
SED FLORES SPARGE
VIRO
RELIGIONIS, SAPIENTIÆ, INGENII LAUDIBUS
FLORENTISSIMO
JOANNE GOTTLIEB HEINECCIO
JURECONSULTO
CETERA NOSTRI
AUDI SI VIS DICENTEM
LOQUITUR ADHUC OS DISERTISSIMUM
DISCE HUMANITATEM EX DOCENTE
DOCET ENIM DOCEBITQUE HOMINES
DONEC ERUNT DOCILES.
CONSULERE POTES JURIS CONSULTOR
ORACULUM ISTUD NONDUM OBMUTUIT
VIXIT
VIVERE ENIM DESIT
VIVIT
FAMA ENIM SUPERSTES
VIVET
INGENIO SI VIVITUR
TU
SI TE QUOQUE VIXISSE FACERE
TESTATUM VIS
VENERANDO HUMANITATIS DECORA
SAPIENTUM MEMORIÆ
IMITANDO TUÆ CONSULE.
VIXIT ANN. LX. MINUS XI. DIES.
HOMINES RELIQUIT PRID. KAL. SEPT.
A. R. S. CIↃ IↃCC. XLI.
PATRI BENE MERENTI
POS.
FILIUS OBSEQUENT.
JO. CHRIST. GOTTLIEB HEINECCIUS.

INDEX.

OMNIUM SCRIPTORUM

QUÆ AUCTORE

# JO. GOTTLIEB HEINECCIO

PRODIERUNT.

Monendus hic est, benevole Lector me in censu scriptorum Heineccianorum agendo præter ea, que a sectione LXXXIX ad finem usque notavi, secutum esse satis accuratum indicem, quem dedit vir clarissimus pariter ac diligentissimus Auctor *der allerneuesten Nachrichten von juristichen Büchern.* Part. XVI. Singulis libris etiam Ephemerides litterarias subnotavi, in quibus recensiones & judicia de scriptis illis prodita leguntur.

I.

Dissertatio *de habitu & insignibus apostolorum sacerdotalibus.* Lipsiæ 1702. *Bibliotheque raisonée. Tom. XVIII. p.* 285.

II.

Dissertatio *de genuina nativitatis Christi æra ex nummis & inscriptionibus antiquis illustrata.* Halæ 1708. Notavit ad illa quædam Jo. Ge. Liebknecht, cujus *observationes chronologicæ* 1735. *Giessæ* prodierunt.

III.

Panegyricus *sempiternæ memoriæ viri incomparabilis* SAM. STRYCKII *consecratus.* Halæ 1710. Publice tamen illum dicere auctori non licuit. Israel Beyeri *alte und neue Geschichte de hällischen Gelehrten. P. IV. p.* 244.

VI.

Programma *de veræ falsæque sapientiæ characteribus.* Halæ 1715. *Gelehrte Fama. Tom. III. p.* 372.

V.

V.

Dissertatio *de incessu animi indice.* Halæ 1713. *Gelehrte Fama. Tom. III. p.* 136. 184.

VI.

Programma *de præcipua discentium cura ad* ANTONINI *Lib.* 1. *εἰς ἑαυτὸν,* Hale 1714.

Diss. *de philosophis semi Christianis.* Halæ 1714. *Gelehrte Fama. Tom. III. p.* 616. 618.

VIII.

Diss. *de origine atque indole jurisdictionis patrimonialis* Halæ 1716. qua inaugurali, & sollemni juris Doctoratum consecutus est. Conflictum litterarium, quem solus sustinuit, iniit oratione *de jure antiquo Germanico diligentius excolendo*, fundamentis stili cultioris subnexa. *Gelehrte Fama Tom. V. p.* 591.

IX.

Præfatio ad CHRIST. THOMASII *delineationem historiæ juris* Halæ 1718. & 1735.

X.

*Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma secundum ordinem Institutionum.* Halæ 1719. Argentorati 1724. 1730. 1734. 1741. nec non Basileæ 1742. *Journal des savans* 1719. *n.* 2. *Republyk der Geleerden* 1719. n. 4. *&* 1720. *n.* 6. *Acta Erud. Lat. suplem. Tom. VIII. sect.* 12. *Bibliotheque Françoise Tom. IV. p.* 137. Burc. Gotth. Struve in *Biblioth. selecta Cap. IX.* §. 3. Christoph. Frid. Herpprecht in *der näbern Anzeig seiner Lehren und besonders seiner Lehrart* §. 7. *aa.* p. 15.

XI.

*Fundamenta stili cultioris,* Halæ 1719. Observationibus illa eruditissimis locupletavit JO. MATTH. GESNERUS. Lips. 1753. *Leipziger gelehrte Zeitungen* 1736. *p.* 135. *& p.* 488. *Nova Acta Erudit.* 1736. *mens. Dec. n.* 5.

XII.

Recensio *ABR. WIELINGII diatribæ de furto per lancem & licium concepto. Biblioth. noviss. observat. ac recens. Sect. IX. n.* 5.

XIII.

Diss. *de levis notæ macula ad l. 27. Cod. de inoff. test.* Halæ 1720.

XIV.

Diss. *de navibus ob vecturam vetitarum mercium commissis.* Halæ 1721.

XV.

Observatio *historica de jure Papiniano ad l. 2. §. 2. & 36. D. de orig. jur.* in *Biblioth. noviss. observat. & recens. Sect. I. n. 2. & Opusc. cult. minor. p. 1.*

XVI.

Præfatio *de utilitate antiquitatum in jurisprudentia* præmissa Triandi Dissertation. Jac. Perizonii: *in Opusc. minor. p.* 15. Hal. 1722.

XVII.

Præf. *de artis criticæ utilitate in jurisprudentia* præmissa *Corn. van Bynkershoek obs. jur. Rom.* Halæ 1723. & 1739. *Leipziger gelehrte Zeitungen* 1739. *p.* 40.

XVIII.

Diss. *de Collegiis & corporibus opificum.* Halæ 1723.

XIX.

Oratio Franequeræ sub auspiciis muneris Professoris habita *de jurisprudentia veterum Romanorum formularia, ritibusque, quibus negotia civilia explicabant, sollemnibus.* Franequeræ 1724.

XX.

Epistolæ *amoebaeae inter vir. cl. E. A. O. C. Pagenstecherum & Jo. Gottl. Heineccium, quibus de sensu l. 1. D. de curat. fur. & genuina lectione l. 28. de probat. amice disceptatur.* Franequeræ 1724. *Nov. Act. Erudit. Lat.* 1726. *Bibliotheque raisonnée* 1726. *Opusc. minor. p.* 43. 126. Patrem vindicare voluit filius, Henr. Theod. Pagenstecherus *in Diss. varii argumenti, Lemg.* 1746. *p.* 32.

XXI.

Elementa *juris civilis secundum ordinem Institutionum.* Amstel. 1725. Moseri judicium, *in den au-*

*aufrichtigen Gedanken von dem studio juris p.* 77. *Harpprechti in der nähern Anzeige seiner Lehren p.* 19. Prodiit Giessæ nova cosa editio duodecies repetita cum notis JO. GE. ESTOR. 8vo *Observationes* ad Elementa scripsit CAR. GOTTL. KNORRIUS, editas Halæ 1758. 8vo. Specimina aliquot observationum ad Proœmium & Tit. 1. Elementorum edidit vir ill. JO. LUD. VILLIUS Frf. 1753. 4to. Amplissimus etiam extat commentarius sub titulo: JO. GOTTL. HEINECCII *academische Reden ubur desselben Elementa juris civilis Frankfurth und Leipzig* 1748. 4to. Auctorem alii B. *Hempelium* dicunt, alii V. C. *Joachimum* Antecessorem Halensem doctissimum.

XXII.

Commentarius *ad Legem Juliam & Papiam Poppæam.* Amstelod. 1726. *Histoire litteraire de l'Europe* 1727. *Journal des savans* 1727. *Nov. Act. Erudit Lat.* 1726

XXIII.

Præfatio & *notæ in Arn. Vinnii Comment. ad Institutiones* Lugd. Batav. 1726.

XXIV.

Diss. *de vitiis negotiationis collybisticæ.* Franequeræ 1726.

XXV.

Diss. *de origine testamenti factionis & ritu testandi.* Franequeræ 1726.

XXVI.

Præf. *ad Jo. Frid. Boekelmanni Compendium Institutionum Justiniani* Amstel. 1727. *Republyk der Geleerden* 1727. *Jul. & Aug.*

XXVII.

*Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectarum.* Amstel. 1727.

XXVIII.

Progr. de *P. Iuventio Celso, JCto eximio, suique sæculi ornamento.* Francof. ad Viadr. 1727.

XXIX.

Oratio Francofurti cis Viadrum habita, quum mu-

nus Antecessoris sollemniter auspicaretur, *de Jureconsultis semidoctis caussisque, cur tam pauci hodie ad veram jurisprudentiæ laudem perveniant.* Francof. 1727.

XXX.

Diss. *de mercatorum, qui foro cesserunt, rationibus & codicibus.* Francof. 1728.

XXXI.

*Elementa philosophiæ rationalis & moralis, ex principiis admodum evidentibus justo ordine adornata. Præmissa est historia philosophica.* Amstel. 1728. *Gottl. Stolle granz neue Zusatze und Ausbesserungen der Historiæ der philophischen Gelahrheit p.* 154. *Nov. Act. Erudit. Lat.* 1628. *Journal des Savans.* 1730. Refert *Gabr. Willh. Goeteen im ietzlebenden gelehrten Europa* 1. *Theil.* 480. typis paratas habere Henr. Jac. a Bashuysen D. & Prof. Servestanum *Observationes ad Jo. Gottl. Heineccii Elem. philos. rat. & mor.*

XXXII.

Præf. *de meritis Ezech. Spanbemii in rem litterariam præmissa Ezech. Spanhemii Orbi Romano.* Halæ 1728.

XXXIII.

Diss. *de usufructu materno juris Germ. maxime Hamburgensis.* Francof. 1730.

XXXIV.

Diss. *de lubricitate jurisjurandi suppletorii.* Francof. 1730.

XXXV.

Diss. *de religione judicantium circa confessiones reorum.* Frf. 1730.

XXXVI.

Programma *de Hebraismis Ulpiani ICti.* Francof. 1730.

XXXVII.

Diss. *de suprema principum magistratuumque tutelæ* Francof. 1730.

XXXVIII.

Progr. *de ICtis reformationi ecclesiæ præludentibus.* Francof. 1730.

XXXIX.

XXXIX.

Præf. *in Balthas. Gratiani aulicum sive de prudentia civili & maxime aulica librum*, Francof. 1731 *Journal litteraire T. XVIII. n. 2.*

XL.

Prog. *de variis Saturninis ICtis*, Francof. 1731.

XLI.

Oratio *de C. Aquillio Gallo ICto celeberrimo*. Frf. 1731. *Leipziger. gelehrte Zeitangen* 1732. *p.* 77.

XLII.

Diss. *de eminentioribus ducatus Lotharingiæ prærogativis*. Erf. 1732. *Act. Acad.* 1733. *p.* 61. Sollemnis illa dissertatio fuit eo tempore disceptata, quo Ser. Dux Lothæringiæ FRANCISCUS STEPHANUS cum maxime Imperator Augustus, Francofurtum transiret.

XLIII.

Prog. *de Salvio Juliano, Jureconsultorum suæ ætatis coriphæo*, Halæ 1733. *Acta academica* 1733. *p.* 262.

XLIV.

*Historia juris civilis Romani ac Germanici, qua utriusque origo & usus in Germania ex ipsis fontibus ostenditur.* Halæ 1733. *Biblioth. raisonale Tom. XIII. p.* 243 *& T. XV. p.* 39. Gottl. Aug. Jenischen *contin. notit. auctor. jurid. p.* 37. 43. *Leipziger gelehrto Zeitungen* 1733. *p.* 757. & 1740. *p.* 624. *Hamburghische Berichet von gelehrtem Sachen* 1733. *p.* 770. & 1740. *p.* 366. *Hall. Anzeigen* 1733. *p.* 19. Doctissimis & criticis observationibus jureconsulti humanissimi JO. DAN. RITTERI, Antecessoris Wittebergensis, primum Lugd. Batav. 1748. ac deinde cum Schilteri ac jurisconsulti cujusdam Argentinensis, qui JO. MART. SILBERRADUS fertur, qui & Epitomen historiæ juris Gallicani adjecit, aucta prodiit Argentorati 1751. *Unpartheische Critick über. juristische Schriften in und ausserhalb Teutschland* IV. *B.* 1. & 4. *St.*

XLV.

Diss. *de marito tutore & curatore uxoris legitimo*

Halæ 1734. *Hallische Anzeigen* 1734. *Act. acad.* 1734. *p.* 257.

XLVI.

Diss. *de præscriptione annali juris Lubecensis a jure communi diversa.* Halæ 1734. *Acta ICtor. P. IV. p.* 55. *Hallische Anzeigen eod. anno.*

XLVII.

Diss. *de testamenti factione jure Germ. arctis limitibus circumscripta.* Halæ 1734. *Acta ICtor. P. IV. p.* 75. *Hallische Anzeigen eod. anno. Acta Academ.* 1734. *p.* 329.

XLVIII.

Præf. *de utilitate litterarum orientalium in jurisprudentia præmissa Jo. Seldeni de Synedriis & Præfecturis juridicis veterum Hebræorum*, Halæ 1734.

XLIX.

*Sylloge opusculorum variorum olim seorsim editorum jam in hunc fasciculum collectorum.* Halæ 1735. *Biblioth. raisonnée T. XVIII. p.* 283. *Nov. Act. erud. Lat.* 1738. *n.* 5. *Leipz. Gelehrte Zeit.* 1735. *p.* 636. *Hamb. Berichte.* 1736. *p.* 203. *Act. jurecons. p.* 644.

L.

*Vermischte Anmerkungen, welche bishero denen hallischen wöchentlichen Anzeigen von Joh. Gottlieb Heineccio einverleibet, nunmehro aber in diesem fasciculum versasset worden.* Halæ 1735.

LI.

*Epistola ad perillustrem juvenem Carolum Sigfridum de Plesse*, editionibus posterioribus fundamentorum stili inserta.

LII.

Præf. *de Sex. Pomponio, eximio ævi sui JCto, præmissa Opusculis ad historiam juris & maxime ad Pomponii Enchiridion illustrandum pertinentibus.* Halæ 1735. *Act. erud. Lips. mens. Aug.* 1735. p. 386. 372. *Nov. Act. erud. Lat.* 1738. *Febr. n.* 4. *Acta. JCtor. p.* 546. *Leipziger Gelehrt. Zeit.* 1735. *p:* 689.

LIII.

Præf. *qua Justinianus, Tribonianus & Corpus juris*

*ris defenduntur, præmissa Corpori juris civilis Rom. Lips.* 1735. 4.

LIV.

Præf. *præmissa Jo. Jac. Wissenbachii Emblematibus Triboniani & Jo. Wybo Triboniano ab Emblematibus Wissenbachii liberato.* Halæ 1735. 8. Maj.

LV. & LVI.

*Elementorum juris Germanici, tum veteris tum hodierni Tom. I.* prodiit Halæ 1735. mox auctior ibid. 1736. T. II. ibid. 1736 8. maj. *Nov. Act. erud. Lat.* 1736. *Maj. n.* 5. 1737. *Dec. n.* 5. *Act. JCtor. p.* 560. *p.* 310. *Leipziger Gelehrt. Zeit.* 1735. *p.* 812. 1736. *p.* 340. *p.* 822. *Hamb. Bericht.* 1736. *n.* 20. *p.* 754.

LVII.

Præf. *de jurisprudentia heurematica, præmissa Sam. Styckii cautelis contractuum.* Berol. 1736. ibid. 1741. 4. *Gelehrt. Zeit.* 1736. *p.* 414. *Act. erud. Lat. Suppl. T. IV. Sect. II. n.* 6.

LVIII.

Diss. *de pecunia in casum, si caussa ceciderint ab adpellantibus, alioque remedio utentibus deponenda.* Halæ 1736. *Act. Ac.* 1737. *p.* 3.

LIX.

Præf. *præmissa Nic. Hieron. Gundlingii Exercitationibus academicis de usu & præstantia numismatum in jurisprudentia.* Halæ 1736. 4. *Leipziger Gelehrt. Zeit.* 1736. *p.* 765.

LX.

Diss. *de reductione monetæ ad justum pretium.* Halæ 1737. *Act. acad.* 1737. *Jurist. Büchersaal. Tom. I. p.* 160.

LXI.

Præf. *de Jac. Cujacii obtrectatoribus & adversariis,* præmissa ejusdem *observationum & emendationum libris.* Halæ 1737. 4. Maj. *Gelehrte Zeit.* 1737, *p.* 684. *Nov. Act. Erud. Lat.* 1738. *Aug. n.* 3. *Jurist. Büchersaal. Tom. I. pag.* 386.

LXII.

Præf. *ad Joh. Chr. Frischeri selecta & rariora Latii purioris monumenta.* Halæ 1737. 4. *Leipzig. Gelehrte Zeit.* 1737 *p.* 822.

D 5 LXIII.

LXIII.

*Elementa juris naturæ et gentium, commoda auditoribus methodo adornata.* Halæ 1737. 8. *Leipt. Gel. Zeit.* 1737. *p.* 829. *Nov. Act. Erud. Lat.* 1738. *Octob. n.* 4. *Act. JCtor. p.* 175. *Biblioth. raisonnée, T. XX. p.* 28. Versio Anglicana auctorem habet G. Turnbull, LL. D. *Göttinge Gelehte Zeitungen.* 1742. *n.* 38.

LXIV.

Præf. *de origine, auctoritate & usu forensi legis Salicæ, præmissa Petri Georgisch Corpori Juris Germ.* Halæ 1738. *Leipz. Gel. Zeit.* 1738. *p.* 417. *Nov. Act. JCtor. p.* 359. *Jurist. Bürchersaal T. II. p.* 99. *Act. Erud. Lips.* 1741 *mens. Nov. p.* 635.—641.

LXV.

*Opuscula minora varii argumenti*: accedit index Scriptorum Heineccianorum Amstel. 1738. 8. *Leipz. Gel. Zeit.* 1738 *p.* 635. *Jurist. Bücherraal T. II. p.* 399. *Act. erud. Lips. mens. Mart.* 1741. *P. I. p.* 114.

LXVI.

Diss. *de jure principis circa commerciorum libertatem tuendam.* Halæ 1738. *Auszüge aus jurist. Dissert. Vol. II. Sect. V. n.* 7.

LXVII.

Diss. *de jure principis circa civium studia.* Halæ 1738. *Jurist. Büchersaal Vol II. p.* 190.

LXVIII.

Diss. *de caussa servitutum perpetua*, Halæ 1738. *Acta Nov. JCt. p.* 562. *Jurist. Büchersaal Vol. II. p.* 191.

LXIX.

Diss. *de locatione conductione jurisdictione*, Halæ 1738. *Jurist. Büchersaal. Vol. II. p.* 280.

LXX.

Diss. *de venditione fructuum in herbis.* Hal. 1738. *ib. Vol. II. p.* 385.

LXXI.

Diss. *de dominis subditos suos in judicio suo convenientibus*, Halæ 1738. *ibid. Vol. II. p.* 469. *Hamb. Berichte p.* 95.

Præf.

LXXII.

Præf. *de Francisci Balduini vita, meritis & scriptis*, præmissa Tom. I. Jurisprudenriæ Rom. & Atticæ. Lugd. Bat. 1738. fol. *Leipz. Gelehr. Zeit.* 1739. *p.* 592. *Nathricht von jurist. Büchern Vol. I. p.* 5. *Gotting. Gelehrte Zeit.* 1739. *num.* 8. *und.* 48.

LXXIII.

Præf. *ad J. C. Sulpitii Diss. de studio juris publ. recte instituendo et de scriptoribus eo pertinentibus.* Hal. 1738. 4. *Leipz. Gel. Zeit.* 1738. *p.* 852.

LXXIV.

Præf. *de vita et scriptis Guid. Panciroli et Barth. Chesii*, præmissa Tom. II. Jurispr. Rom. & Atticæ. Lugd. Bat. 1739. fol. *Nachricht von jurist. Büch.* V. II. *p.* 99. *Leips. Gel. Zeit.* 1740 *p.* 669.

LXXV.

Præf. *de Corn. van Bynkershoek Observationum juris Rom. libros posteriores.* Halæ 1739. 4. *ibid.* 1739. *p.* 41.

LXXVI.

Præf. *de jurisprudentia divinarum atque humanarum rerum notitia* præmissa scriptorum de jure nautico & maritimo fasciculo. Halæ 1739. 4. *Leipz. Gelehrte Zeit.* 1740. *p.* 662. *Hamb. Bericht. p.* 687. *Götting. Zeit.* 1740.

LXXVII.

Diss. *de uxore Romana per, propter nuptias donationem secura tantum*, &altera *qua probatur, Prussiam nullo unquam titulo imperio Germ. fuisse subjectam*, respondentibus debentur. Al 1739.

LXXVIII.

*De eo, quod in arte typographica admirandum est*, schediasma anno CIↃ IↃCCXII. scripsit, quo sæcularia inventæ tertio abhinc sæculo divinæ artis celebrabant typographi Halenses.

LXXIX.

*Prælectiones in Grotii de jure Belli & Pacis libros*, nec non

LXXX.

*Prælectiones in Sam. Pufendorfii libros de officio hominis*

*sas*

# PROOEMIUM.

Consilium est, quod Deus O. M. felix faustumque esse jubeat, hujus quoque anni initio interpretari Elementa Juris a nobis secundum Institutionum ordinem adornata. In quo labore ita versabimur, ut, si dicentes eamdem diligentiam quam nos pollicemur, ad has acroases attulerint, in spem illam pulcherrimam ingrediamur, fore ut fructum inde uberrimum capiant. Antequam vero ad rem ipsam accingamur, tria potissimum monenda duximus. Primum, ut auditores sint assidui, neque ex ulla temere prælectione absint. Totum enim hoc opusculum uno veluti filo cohæret, ita ut si priora non intelligantur, posteriora, quæ inde fluunt, intelligi nequeant. Sane, ne quis hoc sibi prædictum neget, qui desultoria opera in scholis his frequentandis utentur, ii non doctiores inde discedent, quam si illis plane numquam interfuissent. Alterum, quod monere visum, hoc est, ut auditores non nisi Corpore Juris instructi adveniant. Sæpe enim evolvendæ erunt leges notatu digniores: & est hoc in primis utile ac frugiferum, Juris studiosum mature adsuefieri evolvendis legibus, & familiare sibi reddere illud opus Justinianeum, quod non minoris auctoritatis est in Jurisprudentia, quam in Theologia Scriptura Sacra. Non facilius vero tractationi Corporis Juris adsuefient discentes, quam si, duce præceptore, textus in collegiis diligenter evolvant, eosdemque domi repetant, &. in succum & sanguinem vertere studeant. Postremo &. id moneo, eos, qui ad solidiorem doctrinam adspirant, egregie consulturos rationibus suis, si cum prælectionibus in domestica repetitione junxerint *primo Antiquitates nostras Romanas*, quibus ea, quæ ex statu

statu reipublicæ Romanæ scitu necessaria sunt, breviter explicavimus, ac *deinde* vel B. Huberi *prælectiones*, bonæ frugis plenissimas, vel Arnoldi Vinnii *comment.*, plurium enim librorum lectione ingenia tironum obrui nollem. His præmissis ad *Proœmium* progredimur. Quia enim interpretationem promittentibus inconveniens semper visum est, omissis initiis atque origine non repetita, atque illotis, ut ita dicam manibus protinus materiam interpretationis tractare, *l.* 1. *ff. de Origine Juris*, præmisso hoc proœmio, exemplo Justiniani, egimus de *Corpore Juris Justinianeo*; exposuimus quoque

1) caussas, cur illud compilatum sit, §. I. II.
2) auctorem, cujus auspicio collectum, §. III. IV.
3) partes ejus vel libros, ex quibus illud Corpus conflatum est, §. V. XIV.
4) auctoritatem tum singulorum librorum, tum totius operis, §. XV. XVII.

§. I.

Caussarum, quæ ad compilandum hoc opus Justinianum impulerunt, duo potissimum proditæ sunt: *Juris Romani immensa moles*, de qua §. I. & *infelix aliorum*, qui ante Justinianum hunc laborem tentarunt, *conatus*; de quo §. II. De utraque ratione dicendum erit paullo accuratius. Moles Juris Romani paullo ante Justinianum tam immensa fuit, ut pæne nemo ingenuus vellet studio tam diffuso atque infinito operam dare. Qui Juri se consecrarunt, scire debebant Constitutiones principum, quæ in tres collatæ codices vetustissimos in immensum numerum excreverant. Deinde, quæ hodie non ita magno Pandectarum libro continentur, ea ante Justiniani tempora per duo millia librorum erant dispersa, quibus legendis vix hominum ætas sufficiebat, *Const. Tant.* §. I. *de confirmat. Digest.* Jacob Gothofredus *in Prolegg. ad Cod. Theodos. Cap. I.* Et hinc est, quod Eunapius, loco in ipso compendio citato, jurisprudentiam vocat *multorum camelorum onus*. Hinc est, quod Mamertinus in *paneg. ad Julian* scribit *juris civilis*.

*vilis scientiam, quæ olim Manlios, Scævolas, Servios in amplissimum gradum dignitatis extulerunt libertorum jam artificium esse.* Hic deniqne est, quod apud Phot. *in biblioth. sæc.* 5. memoratur, *servus Scytha, qui Jurisprudentiam professus sit.* Nemo enim ingenuus audebat isti oceano se committere, cujus finem vix prævidebat.

Quæ cum animadverteret Justinianus, prudenter staruit, e re fore non modo Jurisprudentiæ, sed & imperii sui, si tantam legum & jurium sylvam coerceret, & in modicum redigeret, compendium; qua in re divinam opem celebrar pie in pr. Const. Tant. de const. Digest.

§. II.

Habemus primam caussam confecti corporis Juris; sequitur altera, nempe quia ante Justinianum plutes id opus infelici conatu aggressi fuerant.

Primus eum laborem suscepit Cicero, quem corpus Juris conficere voluisse testatur Gell. *l. I. c.* 22. ubi memorat ejus librum *de jure civili in artem redigendo.* Sed rem tantus vir non perfecit. Idem deinde consilium agitavit Pompejus; de quo Isid. *orig. l. V. c.* 1. *leges in libro redigere illum*, primum *consulem*, *instituere* voluisse, *sed non perseverasse obtrectatorum metu;* quamvis, quum Isidorus sit scriptor sæc. VII, veteres auctores ea de re veluti de compacto taceant, res non adeo certa ac liquida videatur. Certius est Julium Cæsarem, jam dictatorem perpetuum de Corpore Juris cogitasse; de quo Sueton. in Jul. c. 44. refert, destinavisse *eum*, *jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quæque & necessaria in paucissimos referre libros.* Sed talia agentem mors cruenta præcepit, ideoque & id consilium pulcherrimum successu caruit.

Quod itaque tam multis male successerat, id felicissimis auspiciis aggressus est Justinianus, qui ideo in *Princ. Const. Tant. de const. Dig.* vere gloriatus, *se perfecisse, juvante Deo, quod nemo ante suum imperium umquam speraverit, neque humano in-*

*ingenio possibile esse penitus extimaverit.* Sunt qui dolent, a Juliano hoc opus perfectum esse, & non potius a Julio Cæsare; qui, quum fuerit vir omni doctrina perpolitus, elegantius dare potuisset Corpus Juris quam Justinianus, sæculi sexti princeps, cujus ætate jam barbaries incumbere orbi Romano cœperit. Unde quæstio nascitur, an melius de Jurisprudentia nostra mereri potuisset Cæsar quam Justinianus? Et facile quidem fatemur, si Cæsar istud opus compilasset, illud & elegantius & concinnius & doctius fuisse futurum, sed non sane fuisset utilius & foris nostris accommodatius. Nam 1) illud Corpus nonnisi Jus Vetus complecti potuisset, quum Novum, & quod hodie in ipsis rerum obtinet argumentis, demum post Jul. Cæsarem accesserit. Tunc caruissemus maximorum JCtorum scriptis, puta Papiniani, Juliani, Paulli, Vulpiani, &c. qui omnes demum post Jul. Cæsarem vixerunt, & jurisprudentiam ad summum perfectionis gradum evexerunt. Hinc potius divino numini acceptum ferimus, quod demum sæc. VI. & senescente jam imperio Romano, compilando huic operi animum adpulit Justinianus: sic enim & novissimi juris thesaurum accepimus, & consummatissimorum JCtorum fragmenta habemus, adeoque jus tractamus in scholis, cujus usum in foro frequentissimum experimur.

(Opposita hæc sunt Hotomanni *Antitriboniano* & celeb. Thomasii *Nævis Jurisprudentiæ Ante-Justinianeæ;* ubi hi auctores toti sunt in exagitando Justinianeo ejusque opere.)

§ III.

Hactenus jam pars procemii, qua caussæ, cur Corpus Justinianeum confectum sit, exponebantur: jam de altera, qua de auctore istius æterni operis agimus. Confectum illud est auspiciis Justiniani, de cujus ingenio §. III. & rebus gestis §. IV. quædam disserimus.

Fuit Justinianus obscuræ originis, gente Illyricus, sed a fortuna ad summum inter homines fastigium evectus. Quum enim ejus avunculus, Ju-

stinus, antea subulcus, militiæ nomen dedisset, ac per omnes militiæ gradus demum ad imperatoriam dignitatem pervenisset, in sororis filium adoptavit, imperiique consortem, vel ut tunc vocabant, Nobilissimum Cæsarem dixit. Mortuo ergo Justino solus rerum potitus XL. annos imperavit, omnesque ante se principes felicitate & rerum gestarum gloria superavit. De hujus itaque principis moribus diversa admodum sunt veterum ac recentiorum scriptorum judicia. Omnes veteres eum laudant, recentiores in cælum extollunt, præterquam pontifici Romano addicti. Sed unus est ex veteribus *Procopius*, qui cum in omnibus operibus suis ingenium, prudentiam, probitatem & virtutes Justiniani celebret, postea scripsit librum, quem *Anecdota* vocavit, qui cum eruditis Nic. Alemanni notis prodiit Lugd. 162. fol. In hoc Justinianum depinxit tamquam principem stolidam, uxori meretrici obnoxium, avarum, impium, & omnibus vitiis contaminatum. Inde novæ lites. Edito enim hoc opere alii hæc Procopii tamquam ex tripode dicta susceperunt, alii ea habuere tamquam calumnias, & hinc exstant Gabr. Trivorii *observatio apologetica*, nuper in *thes. jur. tom. I.* recusa, & Jo. Eichelii, JCti eximii, *Apologia*, *& animadversiones in Procop.* Helmest. 1654. 4. editæ, quibus Justiniani famam adversus Procopium vindicare nituntur. Quid ergo? Nervus atque artus sapientiæ est, non temere credere. Non fuit Justinianus a nævis & vitiis immunis. Adhæserunt ipsi vitia quædam sane non levia, veluti obsequium erga Theodoram uxorem, mulierem scenicam & improbam, luxus & magnificentia nimia, in mutandis legibus inconstantia. Sed vitia hæc magis permixta virtutibus fuerunt. Fuit enim acri ingenio, magnanimus, fortis, splendidus, & ut paucis dicamus, maximus sæculi sui princeps, cui facile nævos condonabis, quos tot eximiis virtutibus pensavit.

§. IV.

Abunde id docent res a Justiniano pace belloque

que gestæ, de quibus hoc §. IV. quædam disserimus. Inciderat ejus ætas in illa tempora, quibus barbari imperium Romanum pene ad incitas redegerant. Italiam, Hispaniam & Galliæ partem non minimam Gothi tenebant; Africam Vandali occuparant; Orienti imminebant Persæ, Justinianus tamen his omnibus restitit. Persas enim profligavit & compescuit; Africam iterum perdomuit; qua de victoria gratias agit Deo *l. 1. Pr. & l. 2. Cod. de offic. prætor. Afric.*, ac deinde ipsam Italiam, exciso Gothorum regno, recepit. Accurate horum bellorum historiam condunt Procopius, libris singularibus *de bello Gothico, Persico, Vandalico*, & Agathias in eorum temporum historia. Et jam demum concipimus titulos, quos sibi initio Institutionum tribuit Justinianus. Non enim, more hodierno, provincias quas possederat, indicant, sed populos quibuscum dextero Marte bella gessit. Hinc se vocat *Alamannicum, Gothicum, Francicum, Germanicum*; quod Gothos, quibus Alamanni, Franci & Germani stipendia fecisse videntur, devicerat: *Alanicum, Vandalicum, & Africanum*; quia Vandalos & Alanos in Africa profligaverat, provinciamque illam receperat. De *Antico* disputat. Ex Spanh. *de usu & præst. numis. Diss.* 12 *p.* 504. *tom. II.* & legendum putat *Pontius*, quod gentes quasdam ad Pontum Euxinum devicerat; quam sententiam & nos adduximus in nota *. Si tamen quis lectionem vulgatam retinere malit, ei non magnopere refragabor, quia & Antes fuere populus barbarus, qui tempore Justiniani magnum sui terrorem sparsit.

§. V.

Hæc in sago gesserat Justinianus. Nec nimium clarus in toga extitit, dum jus Romanum, per tot volumina dispersum, in unum corpus compilari jussit; ut adeo non vana sit ejus gloriatio, quod & armis jam imperatoriam majestatem decorarit, & legibus eamdem armarit, *pr. Inst. proœm.* Quare jam libros, quos confici jussit, ordine considerabimus, ut sciamus, ex quibus partibus com-

po-

positum sit Corpus Juris. Primus itaque liber, quem adornari jussit, est CODEX JUSTINIANEUS editus quippe a. 529. Codices vocabantur libri quadrati, & præcipue id nomen dabatur libris, in quos imperatorum constitutiones referebantur. Vid. Schulting. *Jurisprud. Vetus Ante-Justinian. p.* 337. & 683. Tales collectiones constitutionum jam tres ante Justinianum extabant: CODEX GREGORIANUS, HERMOGENIANUS & THEODOSIANUS. Illi a privatis confecti constitutiones imperatorum gentilium ab Hadriano ad Constant. M. complectebantur. Hic auctorem habebat Theodosium juniorem, imperatorem, & christianorum principum epistolas vel constitutiones continet. Illi jam pridem perierunt, præter quædam fragmenta, quæ in V. C. Ant. Schultingii *Jurisprud. Vet. Ante-Justin.* p. 685. & 709., habentur. Codex vero Theodosianus adhuc exstat tantum non integer, & egregiis commentariis illustratus a Jacobo Gothofredo *prodiit Lugd.* 1665. *fol. tom. VI.* Et ex his tribus codicibus unum breviorem fieri jussit Justinianus, auctore præcipue Triboniano, exquæstore S. palatii, & JCto iis temporibus maximo, religione tamen, ut plerisque videtur, gentili; quem a se Justinianeum Codicem vocari voluit.

Jam quæretis forte, quem locum hic codex in Corpore Juris occupet? Sed probe observandum, eum jam pridem periisse, & hodie nusquam reperiri, quia ut infra § 9. videbimus, eum ipse Justinianus abolevit. Habetur quidem in Corpore Juris nostro codex, sed is non est Justinianeus, verum REPETITÆ PRÆLECTIONIS, qui aliquot annis est recentior. Interim observandum, quoties in Institut. citatur Codex, toties intelligi non hodiernum, qui extat, sed veterem illum pridem amissum.

## §. VI.

Absoluto Codice Justinianeo secutæ sunt *Pandectæ* seu *Digesta*, perfecta intra triennium, & publicata anno 533.

De

De his observandum: 1) PANDECTAS esse librum, in quo veterum JCtorum interpretationes continentur. Quemadmodum ergo Codex constat ex imperatorum constitutionibus, ita Pandectæ compositæ sunt ex fragmentis Juliani, Papiniani, Vulpiani, Paulli Modestini, aliorumque JCtorum, quibus leges & jura interpretantur: habentque hæc fragmenta vim legum, non quatenus a JCtis scripta, (hi enim legislatoria potestate non gaudent) sed quatenus a Justiniano principe pro legibus publicata, & deinde in forum recepta sunt. Hinc notandus textus *L. II.* §. 10. *& L. III.* § 10. *C. de Vet. Jur. Enucl.*, ubi Justinianus: *Unam (his fragmentis omnibus) auctoritate indulsimus, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat, et ex nostra voluntate compositum.*

2) notandum, *Pandectas* dici hunc librum a græco πᾶν, omne, & δέχομαι, capio vel recipio, quia omnes disputationes & decisiones in se habent legitimas, & quod undique fuit collectum, hoc in sinu receperunt. *L. II.* §. 1. *ff. de Vet. Jur. Enucl. Digesta* autem dicuntur, quia in isto Pandectarum libro non omnia promiscue & sine ordine convasata, sed justo ordine disposita & in certos titulos digesta sunt. Utrumque vocabulum tum aliis auctoribus, tum JCtis fuit familiarissimum. Nam & *Apicius*, qui *de re culinaria* scripsit, librum suum vocavit πανδέκτην, & multo ante Justiniani tempora Pandectas & Digesta scripserunt Julianus, Ulpianus, Celsus, Paullus & alii. Obiter monere juvabit, quamvis ita receptum sit, ut Pandectas in genere feminino dicamus, revera tamen nomen esse masculini generis, ut omnia græca in ης desinentia, quod jam ab aliis est observatum.

3) monendum, Pandectarum leges, quamvis ex diversissimi sauctoribus excerptas, tamen inter se cohærere, adeoque sæpe sequentis sensum ex antecedente supplendum esse; quod secus se habet in Codice. Sic e. g. L. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. *ff. de Procurat.* nullum habebunt sensum, nisi ultima verba legis 17. jungantur. 4)

4) sciendum, Pandectas citari solere ita, ut primo ponatur numerus legis (veteres etiam vocabulum initiale addebant) deinde §phi numerus, hinc porro duplex ff. vel π vel D. Pandectarum signum, ac denique titulus. E. g. *L. Pomponius* 40. §. 4 *de procurat.* Libris & titulis numerus exprimi non solet: nec receptum est, ut e. g. citetur *Lib. III. Degest. tit. III. Lex* 40. §. 4. Unde operam dare debet studiosus Juris, ut domi sibi titulorum ordinem familiarem reddat, alias enim ipsi molesta erit legum evolutio.

§. VII.

Pandectis nondum publicatis prodierunt L. DECISIONES, annis 530. 531. 532. de quibus despiciemus, 1) cur scriptæ sint? 2) a quo scriptæ? 3) ubi reperiantur? 4) Caussam edendi decisiones præbuere sectæ ICtorum; quarum de origine quædam in nota * diximus. Nimirum jam tempore Augusti Romæ florebant duo JCti celeberrimi, quos Tacitus, *Annal. l. III. c.* 75. duo *pacis decora* appellat, Antistius Labeo & Atejus Capito. Ille libertatis erat studiosissimus, & hinc ab Augusto ne oblato quidem consulatu in partes suas pertrahi poterat, *L. II. §. 47. ff. de Origine Juris.* Hic autem Augusto adulabatur, *eo præditus ingenio, ut ejus obsequium non posset non dominantibus probari*, Tac. *ib.* Hi ergo JCti σύγχρονοι in multis dissentiebant juris interpretationibus. Capitonis præcipuus erat discipulus Massurius Sabinus, Labeonis Nerva, cui Proculus succedebat. Quum ergo hi acceptam a præceptoribus doctrinam ad posteros propagarent, illi dicti sunt *Sabiniani*, hi *Proculiani*. Sabino successit C. Cassius Longinus, Proculo Pegasus, a quibus hæ sectæ nova nomina sortitæ sunt, sectatores enim Cassii dicti *Cassiani*, sectatores Pegasi *Pegasiani*. Hi in multis juris capitibus graviter dissentiebant, ceu præclare docuerunt Emundus Merillius *Observ. l. I. c.* 1. *seqq.*, & V. C. Corn. van Eck *in orat. de sectis. JCtorum.* Quum itaque tam ambigua & incerta essent jura quamplurima, Justinianus edidit L. De-

L. Decisiones, quibus illum dissensum sustulit; & modo Proculianorum, modo Sabinianorom, modo neutram sententiam probavit.

2) Vocantur & hæ decisiones Justinianeæ, quia ejus auspiciis conscriptæ sunt. Præcipue tamen & hic opera usus est Triboniani, cui sibi hanc laudem ipse tribuit §. 3. *Inst. de libertinis.*

3) Sed ubi habentur illæ L. Decisiones? Resp. Eæ tunc temporis seorsim prodierunt, sed hodie extant in Codice nostro repetitæ prælectionis sub diversis ejus titulis. Facile tamen cognosci possunt duobus signis vel characteribus.

1. Quod omnes datæ sunt vel Lampadio & Oreste Coss., vel post consulatum Lampadii & Orestis Coss., vel post hunc consulatum anno secundo.

2. Quod in iis jus controversum deciditur. Exempla sunt in *L. XII. C. de Usufr. in L. XXIV. C. de legat. & L. vet. C. de condit. instit.* Ceterum L. illas decisiones separatim edidit, & luculento commentario illustravit Em. Merillius, *Lut. Par.* 1618., eæque cum aliis ejus operibus nuper Neapoli ræcusæ sunt. Extat etiam Joannis Strauchii, JCti eruditissimi, comment. in has decisiones, sed imperfectus.

§. VIII. IX.

Eodem tempore scriptæ sunt INSTITUTIONES, quæ primum locum in Corpore Juris occupant. Earum auctores fuerunt tres JCti hujus ætatis, *Tribonianus*, *Theophilus & Dorotheus*, qui tamen non de novo hunc librum concinnarunt, sed ex veterum JCtorum, e. g. Ulpiani, Florentini, Caji institutionibus maximam partem sumserunt; id quod satis apparet ex superstitibus Caji institutionum fragmentis, quæ edidit notisque variorum illustravit V. C. Antonius Schultingius *in Jurisprudent. Vet. Ante-Justin. p. 1. seqq.* Editæ fuerunt Institutiones a. 533. & simul cum Pandectis auctoritatem suam acceperunt. Et quamvis eo præcipue fine prodierint, ut juvenes in tribus academiis Romana, Costantinopolitana & Berytensi, ex iis elementa juris haurirent: simul tamen

men auctoritatem legalem acceperunt eandem, quam habent Constitutiones principum, §. 6. *proœm. Inst.*, unde in foro æque possunt allegari ac Pandectæ & Codex, & ibi ejusdem cum his auctoritatis habentur. Idem Theophilus, qui Institutiones cum Triboniano & Dorotheo confecit, postea easdem græca paraphrasi illustravit, quæ etiamnum exstant, & studioso juris utilissima est ad sensum Institutionum eo accuratius perspiciendum. Optima editio est Caroli Hannibalis Fabrotti, 4.

Istud adhuc moneo, quemadmodum Pandectæ & Codex allegantur per leges, ita Institutiones allegari per §phos, ita ut, præmisso numero §phi, addatur I. vel Inst., signum Institutionum, & sequatur deinde titulus; e. g. *Princ. Instit. de Nuptiis* §. 3. *Inst. de Actionibus.*

§. X.

Subsistere hic potuisset Justiniani industria, cum & Codex & Pandectæ & Institutiones prediissent, modo paullo diligentius labore hoc defuncti fuissent Tribonianus et socii. Sed perfectis his operibus statim apparuit, Codicem Justinianeum & mancum esse, & in multis capitibus Pandectis adversari. Hinc nihil remedii supererat, quam ut Justinianus juberet novum codicem fieri, & priorem illum aboleri; id quod etiam factum a. 534. Hinc intelligimus, cur §. V. monuerimus, codicem Justinianeum hodie non amplius extare: intelligimus etiam, cur codex noster, qui in Corpore juris extat, vocetur *Codex repetitæ prælectionis*; revisus enim & severiore cura emendatus est codex ille prior, multis additis & expunctis. Unde factum, ut in Institutionibus nostris Codex citetur, & in nostro tamen codice locus ille nusquam reperiatur. Prodiit enim hic codex noster post Institutiones, adeoque in iis nonnisi Justinianus prior potuit allegari. Citari solet Codex ita ut, præmisso numero legis, & aliquando §. subjiciatur C., signum Codicis, & deinde rubrica tituli subjungatur; e. g. L. 42. §. 9. *C. de Episc. & Cleric. Lib.* 1. *tit.* 3. Materiarum or-

ordo idem fere est in Codice, qui in Digestis, nisi quod in Codice præmittantur Constitutiones de SS. Trinitate, de ecclesiis, hæreticis, episcopis, & subjiciatur Jus Publicum Lib. XI. & XII. qui id quoque singulare habent ut, si ex iis lex citetur, & libri & tituli numerus subjici soleat; e. g. *L. I. C. de fundis & saltibus rei dominicæ. Lib. XI. Tit.* 66.

§. XI. & XII.

Perfecto jam Corpore juris multa nova suo more sanxit Justinianus, adeoque sensim prodierunt quamplurimæ constitutiones, quæ ideo *Novellæ* dicebantur. Eæ maximam partem græce scriptæ erant, quia jam lingua latina in orientali imperio paullatim evanescere cœperat. Nonnullas tamen etiam latine prodisse in nota * observavimus. Ceterum triplex est NOVELLARUM editio: (1) græcus textus, quem e variis codicibus eruit Scrimgerus Scotus; (2) versio latina stilo cultiore adornata a Juliano, patricio & antecessore, qui paullo post Justinianum vixit. Ea prodiit Par. 1589. & 3) vulgata, barbaro stilo & obscurioribus verbis confecta a nescio quo, quæ in Corpore Juris habetur. Sed probe observandum est, quamvis illæ editiones accuratiores & elegantiores sint, solam tamen tertiam in foro esse receptam, adeo ut, quamvis non ubique mentem Justiniani recte exprimat, tamen auctoritate legali polleat. Insignem tamen utilitatem afferunt reliquæ editiones ad Novellas rectius intelligendas. Ceterum Novellæ allegari solent ita, ut tantum numerus & capita exprimantur, e. g. *Nov. CXVII. c.* 1.

§. XIII.

Quæ hactenus recensuimus opera, ea omnia Justiniani imperatoris auspiciis in lucem prodierunt. Sed sunt & alia quædam in Corpore Juris, quæ principi isti originem non debent, nempe AUTHENTICÆ, de quibus XIII. §. & libri feudorum, de quibus §. XIII. *Authenticæ* alias ipsæ

Novellæ vocantur, quippe quibus in omnibus editionibus hæc præfigitur inscriptio : *Authenticæ seu Novellæ Constitutiones Justiniani, Sacratissimi Principis*: sed has quidem hic non intelligimus. Potius sciendum multis legibus Codicis scholia quædam esse subjecta, in quibus ostenditur, quid Novellis mutatum sit, vel quæ nova jura sensim invaluerint, e. g. *L.* 13. *C. de S. S.* (L. I. T. 2.) *ecclesiis* subjuncta est authentica duplex. Quum enim in lege permittatur iis, qui monasteria ingrediuntur, ut testamenta condere possint, in authenticis istis notatur id per Novellas V. & 123. esse mutatum; & hæc scholia proprie vocantur authenticæ.

Quis eas adjecerit, nondum adeo certum est; verosimile tamen est auctorem esse Irnerium, JCtum Bononiensem, qui sæc. XII. primus Jurisprudentiam in usum revocavit. Allegari solent authenticæ ita, ut præmittatur vocabulum Auth., deinde subjiciantur verba initialia, hinc porro sequatur littera C., ac denique subjungatur rubrica tituli, sub quo occurrit: e. g. *Auth. Ingressi monasteria C. de SS. ecclesiis. Auth. habita C. ne filius pro patre L.* 4. T. 13.

§. XIV.

Habentur etiam in Corpore Juris Libri Feudorum, quum tamen ad Jus Romanum non pertineant. Romani enim feuda non habuerunt, sed inventum hoc vere est Germanicum, quamvis postea fere ubique gentium feuda invaluerint, præterquam in Frisia nostra, ubi unicum tantum feudum est.

Auctores horum librorum sæc. XII. fuerunt Gerardus Niger & Obertus ab Orto, Coss. Mediolanenses, qui consuetudines feudales privata auctoritate litteris mandarunt. Postea cum Bononiæ juris studium refloresceret, Hugolinus JCtus etiam hos libros feudorum Corporis Juris addidit, tamquam appendicem Novellarum. Eo factum est, ut cum Corpore Justinianeo & hic liber ubique reciperetur in forum, tanquam Jus Feuda-

le Commune, ex quo controversiæ feudales deciderentur, si consuetudines, leges ac statuta singularia deessent. Allegari solent libri feudorum ita, ut præmisso numero libri subjiciatur littera F. & subjungatur denique numerus capitum & aliquando §phus, e g. 2. *F.* 24. §. 2.

Hæc sunt partes Corporis Juris. Quamvis enim & alia ibi reperiantur, e. g. Novellæ Leonis, & aliorum imperatorum, item Canones Apostolorum &c., ea tamen omnia in foro nullius usus sunt, adeoque nec ad Corpus Juris proprie pertinent.

§. XV.

Reliqua est ultima pars proœmii, qua quæritur: *Quænam sit tam horum librorum, quam ipsius Corporis Juris auctoritas?* Hæc quæstio optime solvetur tribus observatis axiomatibus, quæ indubitatæ veritatis esse unusquisque intelliger. (I.) *Lex posterior semper derogat priori*, *L. ult. ff. de Const. Princ.* Lex enim est summi Imperantis voluntas: posterior autem voluntas non potest non priorem mutare & tollere. (II.) *Privati non condunt leges.* Potest privatus leges interpretari, potest & consilium dare, secundum leges judicare, sed non ferre leges, quia lex est decretum summi imperatoris & quidem solius. (III.) *Leges ab Imperante latæ solos obligans subditos, non exteros.* Est enim lex decretum summi imperantis; non autem quisquam est summus imperans nisi ratione subditorum. Ex his itaque axiomatibus luce meridiana clarioribus jam conclusiones de auctoritate juris fluunt complures, quas videbimus. *Primo*, quum lex posterior semper deroget priori, sequitur, (1) ut Codicum Hermogeniani & Gregoriani, quorum hodie fragmenta extant, nec non Codicis Theodosiani, quem pene integrum habemus, hodie nulla sit auctoritas. Sunt enim hi libri juris Ante-Justinianei, ergo iis derogat jus Justinianeum; & hinc possunt quidem hi codices cum fructu adhiberi in legibus interpretandis, non autem in

foro, etiamsi leges in illis integrior & incorruptiores exstent, quam in nostro Codice. Imo criminis falsi reus est, qui hos libros antiquiores ad decidendas caussas allegat, *L.* 2. §. 19. *C. de Vet. Jur. Enuc.* Ex eodem axiomate sequitur (2) ut Novellæ derogent libris omnibus, Institutionibus, Pandectis & Codici. Vidimus enim §. II. illas omnibus libris esse posteriores. E. g. in Instit. Pandectis & Cod. plane alia traditur ab intestato succedendi ratio, quam in *Nov. CXVIII.* Utra ergo sequenda est? Ea, quæ in Novella ista inculcatur, quia lex posterior derogat priori. (3) Ex hoc primo axiomate sequitur ut Codex noster deroget Institutionibus & Pandectis, quia utrisque est posterior. Hinc si dissentiunt isti libri, Codex præferendus erit; e. g. bona liberorum adventitia in pleno dominio patris esse docent Pandectæ *L.* 79. *de acquir. vel omitt. her.* Ast in titulis *C. de bonis maternis & de bonis, quæ liberi,* bona ista addicuntur liberis. Utrum jus prævalet? Jus Codicis, quia lex posterior derogat priori. (4) Ex hoc axiomate fluit, Institutiones & Pandectas, ex instituto & consilio Justiniani, sibi non derogare, nam neuter liber altero prior vel posterior. Imperator enim utrumque valere jussit ex 3. Kal. Jan. a. 533. *L.* 2. *C.* §. 23. *de Vet. Jur. Enucl.* Sed dixi, ex consilio Justiniani. Is enim provide jusserat, ut ita hi libri adornarentur, ne in ullo capite discreparent. Quum vero id non ubique præstiterint Tribonianus & socii, & in quibusdam vere discrepent Institutiones & Pandectæ, quæritur: Quibus tunc prærogativa debeatur? Respondemus in nota *, observandas esse binas regulas: (a) *Institutiones cedunt Pandectis tanquam auctoritatibus suis, quatenus ex his descriptæ sunt.* Auctoritas dicitur archetypus, *das Original:* huic vero semper plus fidei habetur, quam ectypo, *der Copen.* Quando itaque Pandectæ sunt archetypus, ex quo institutiones descriptæ sunt, merito illæ præferuntur Institutionibus. Rem illustrabimus exemplo. In



§. 25.

§. 25. *Inst. de R. D. Specificatio* esse dicitur, *si quis ex alienis spicis frumentum fecerit.* Hæc in *L.* 7. §. 7. *ff. de acquir. rer. dom.* negatur specificatio esse. Cui libro ergo plus fidei habendum? Pandectis, quia manifeste apparet, Institutiones eo loco ex Pandectis perperam esse descriptas. (b) *Pandectæ cedunt Institutionibus, quoties his novationem fieri apparet.* Lex enim posterior derogat priori. Itaque si certum sit, Justinianum in Institutionibus quædam in Pandectis tradita mutare voluisse, præferenda procul dubio erit posterior illa imperatoris voluntas. E. g. in *L.* 9. & *l.* 11. *ff. de manum. vindicta* legimus, minorem XX. annis manumittere non posse, nisi vindicta apud Consilium caussa probata. At in §. 7. *Instit. quibus ex caussis manum. non licet*, permittitur adolescentibus 17. annorum, ut libere possint manumittere. Quid jus prævalet? Id, quod in Instit. inculcatur. Manifestum enim est, imperatorem jus vetus in Pandectis expositum abolere, atque innovare voluisse.

§. XVI.

Hactenus de primo axiomate. Alterum est: *privatus non condit leges.* Inde facile patet, qua auctoritate polleant Authenticæ, quas supra §. 13. a privato, nempe ab Irnerio, compilatas esse diximus. Omnem scilicet auctoritatem non inde habent, quia ab Irnerio factæ; quia privatus non condit leges: sed quia excerptæ sunt ex Novellis aliisque quorundam principum constitutionibus, quas auctoritate legali pollere nemo dubitat. Hinc omnes hanc sequuntur regulam: *Authenticæ non pollent auctoritate legum, nisi quatenus cum Novellis, ex quibus decerptæ sunt, conveniunt.*

Hinc vero non levis nascitur controversia: An Authenticæ semper conveniant cum Novellis? Negant id multi, in primis JCti summi, Ge. Rittershus. *in Promulfide errorum Irner.* Jo. Jac. Wissenbach *in sylloge errorum Irner. in Authent.* Ast alia omnia magno molimine ac non sine convicio defendere conatus est vir doctiss. *Alex.*

*Arn. Pagenstecher in Irnerio injuria vapulante.* Quid vero dicamus? Superstitioni similis videtur ista veneratio in Irnerium, qua eum in omnibus rem acu tetigisse statuunt, quasi JCtus ille semibarbarus, & qui primus jus tractavit, fuerit αναμάρτητος & infallibilis. Recensui in nota * quædam exempla, quæ si quis cum Novellis contulerit, statim deprehendet, Irnerium iis sensum plane alium adfinxisse: quod quoties factum, (factum autem sæpius) toties Authenticarum nulla plane est auctoritas.

§. XVII.

*Tertium* & ultimum axioma est: *Leges ab imperante latæ solos obligant subjectos, non exteros.* Ex eo solvi possunt binæ quæstiones: (1) An & quatenus Corpus Juris Justinianeum nos obliget? Sane non tamquam leges a Justiniano latæ. Nam (a) hic princeps in oriente dominatus est, nec umquam vel Germanis, vel Belgis, vel Gallis imperavit, adeoque non magis his gentibus leges ferre potuit, quam Magnus Turcarum Sultanus. (b) Ex historia notum est, & Germanos & Belgas & Gallos aliasque gentes multis post Justinianum sæculis adhuc suas leges a Romanis diversissimas habuisse, quæ adhuc extant in Lindenbrogii *Codice juris Alamannici*, & in Stephani Baluzii *Capitularibus regum Francorum.* Sed valet tamen Jus Justinianeum ex recepto, quia ob æquitatem ei nos sponte submisimus, idque ultro in scholas, academias & fora recepimus: id quod factum esse sæc. XIII. & seqq. docuit Struvius *in historia juris*, C. 6. §. 39 p. 529. *seq.* Ex eo vero porro sequitur, ut jus Romanum non totum nos obliget, sed quatenus receptum. Hinc omnes gentes habent sua statuta, sua jura propria, municipalia, provincialia, suos mores & consuetudines. Ex his primo omnium controversiæ decidendæ sunt in foro: si vero quæstio in his statutis non sit decisa, tunc in subsidium judices ad Jus Romanum recurrere debent. Præclare hoc demonstravit JCtus summus, quem præceptorem veneror, Sam. Stryckius

ckius *in proœm. Usus Moderni Digest.* (1) Altera quæstio, quæ ex tertio hoc axiomate solvi potest, pertinet ad Novellas Leonis. Quæritur enim, an & hæ legum auctoritate polleant? Negat id Dom. Pagenstecherus *in Admonit. ad ff. Part. I.p.* 21. negant & alii, & recte. Sed dum hanc rationem afferunt, quod Leo vixerit post Carol. M., post quem imperatorum orientalium leges occidentem non amplius obligarint, in eo egregie falluntur. Justinianus enim, qui ante Car. M. vixit, non magis nobis leges præscribere potuit, quam Leo Sapiens. Vera itaque ratio hæc est, quia Jus Romanum valet ex recepto: recepimus autem corpus Juris Justinianeum, ad quod Novellæ Leonis non pertinent, & quidem a sæculo XIII. sensim recepimus, quo tempore plane nondum innotuerant nobis Novellæ Leonis, quippe quas primus in lucem protraxit sæc. XV. insigne Frisiæ decus, *Vigilius Zuichemus.* Quamvis itaque illæ Leonis Novellæ in plerisque Corporis Juris editionibus recentioribus occurrant, non tamen quidquam valent contra Jus Romanum.

# LIBER PRIMUS

## *TIT. I.*

## DE JUSTITIA ET JURE.

### §. XVIII.

Ipsa rubrica docet, duabus partibus constare hunc titulum. Prior enim de Justitia agit §. 18—23. posterior de Jure vel Jurisprudentia, §. 24—32— De Justitia quæritur, (1) cur de ea agatur? §. 18. 2) quid sit? (§. 19. 3) quotuplex? §. 20—23.

I. *De Justitia* agitur statim initio Instit. & Pandectarum, quia illa totius Jurisprudentiæ finis & proximus JCti scopus est. Finem autem suum semper ob oculos habere decet studiosum. Quemadmodum itaque æternam felicitatem tamquam finem spectat Theologus, sanitatem corporis Medicus: ita finis JCti ultimus est tranquillitas interna reipublicæ, quæ nonnisi justitia obtinetur; itaque est hæc justitia finis proximus. Tolle justitiam, & vitam piscium vivemus, quorum major devorat minorem. Eum in finem ergo reperta Jurisprudentia, ut æquabile in republica esset Jus omnium, ut virtutes præmiis, scelera suppliciis mactentur, ut suum cuique tribuatur, ut tutus bos rura perambulet, vel ut Apostolus loquitur, ut vitam quietam & tranquillam vivamus in omni pietate & honestate, 1. *Tim.* 2. 2. Magnificis hunc finem Jurisprudentiæ verbis inculcat *Ulpianus L. I.* §. 1. *ff. de Justitia & Jure*, ubi ideo JCtos sacerdotes justitiæ appellat, quemadmodum philosophi olim se sapientiæ & virtutis sacerdo-

tes

tes vocabant. Sicuti enim sacerdotis finis est Deum suum colere, & meliores reddere homines, ita nos justitiam colimus, boni & æqui notitiam profitemur, æquum ab iniquo separantes. *V. L. I. §. 1. d. h. t.* Ab hoc ergo fine toto cælo aberrant, qui ideo tantum jura discunt, ut aliquando tabulas agant in foro, & evertendis hominum fortunis quæstum faciant. Isti sane non JCti sunt, sed vultures togati, pestes reipublicæ, furibus ipsis tanto deteriores, quanto impunius sub specie justitiæ grassantur. Maneat ergo hoc studiosis Juris alta mente repostum; finem Jurisprudentiæ esse justitiam.

## §. XIX.

Sed hæc justitia quid est? Definitur in Institutionibus & Dig. nostris, quod sit *constans & perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi.* Bona definitio, modo recte intelligatur. Deprompta enim est ex philosophia Stoica, cui plerique veteres JCti erant dediti. Stoicis omnis virtus erat *constans & perpetua voluntas*: qui enim semel malus, eum semper talem esse judicabant. Hinc Cicero *Parad. III. c. 1.* ubi ex principiis Stoicorum disputat: *Una virtus est consentiens cum ratione & perpetua constantia.* Quid hoc aliud est, quam constans & perpetua voluntas? Ergo dum in definitione nostra dicitur, *justitia est constans & perpetua voluntas*, perinde est ac si dicatur, justitia est virtus, ut hoc adeo sit genus in hac definitione. Accedit differentia specifica: *suum cuique tribuendi.* In eo differt justitia a reliquis virtutibus. Nam pietas Deo cultum suum tribuit, temperantia ipsi temperanti præstat, quod virtus & decorum postulat: justitia autem proximo tribuit, quod ipsi debetur. Ergo est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. Utut autem optima sit hæc definitio, non absurde tamen quæri potest, an justitia hic definita sit finis Jurisprudentiæ? Ut quæstionem intelligamus, sciendum est, *justitiam* esse duplicem, *moralem & civilem. Moralis* est virtus in mente consistens

 vel

vel habitus mentis, quo quis omnes actiones ad legem componit. Ergo hoc sensu non est justus, qui externa officia cuique præstat, nisi id faciat ex amore virtutis & mente emendata. E. g. Pharisæus, qui gloriabatur, se nec raptorem esse, nec adulterum, nec publicanum, non erat moraliter justus, quia ex hypocrisi, non ex amore virtutis, ab his actionibus pravis abstinebat. *Civilis* contra justitia dicitur, quando quis actiones externas ita ad legem componit, ut suum cuique tribuat, nec tamen id faciat ex amore virtutis vel emendata mente, sed ex metu pœnæ. Hinc si quis magistratui tributa solvit, si neminem concivem lædit, neminem occidit, non furta, non rapinas committit, civiliter erit justus, etiam si id omne faciat animo reluctante, etiam si sit hypocrita, imo atheus. Jam qualia sunt media, talis est finis. Media, quæ jurisprudentia suppeditat, sunt pœnæ & præmia, *L. I. § I. ff. de Justi. & Jure.* Ea non moraliter justos reddunt, sed civiliter, quia cogitationis pœnam nemo in foro patitur, *L. 18. ff. de Pœnis.* Ergo justitia civilis est finis Jurisprudentiæ, cum tamen in Jure nostro moralis justitia definiatur, quæ sane solis præceptis Jurisprudentiæ non obtinetur. Quomodo ergo definiri poterit justitia civilis, quæ finis Jurisprudentiæ est? Justitia est *attemperatio actionum externarum ad leges, qua quis neminem lædit, suum cuique tribuit.*

§. XX.

Vidimus, quid sit Justitia. Quæritur jam porro, quotuplex sit? Nos cum Aug. Grotio *de Jure B. & P. Libr. I. C. I. §. 8.* eam dividimus in *expletricem & attributricem;* contra quam divisionem quidem graviter disputat V. C. Pagenstecherus *in Admonit. part. I. §. 6.*, sed demum omnia eo redeunt, vocabula non satis commoda esse. Nos rem videbimus. Officia, quæ aliis hominibus debemus, duorum generum sunt; alia lex præcipit tamquam *necessaria*, ita ut cogi possint & puni-

ri,

ri, qui ejusmodi officia non præstant; & talia sunt omnia, quæ ex regula illa justi fluunt: *Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris.* Hinc nemo occidendus, injuria vel damno adficiendus, æs alienum solvendum, pacta servanda. Hæc si quis non facit, a magistratu vel cogi vel pœna coerceri potest, adeoque hæc officia sunt *perfecta.* Alia officia lex commendat quidem tamquam *honesta*, sed neminem tamen cogit ea præstare, sed uniuscujusque pudori relinquit; & talia sunt, quæ ex sola honestate vel ex decore fluunt. Sic e. g. lex jubet pauperibus eleemosynas elargiri, & cuique officia humanitatis præstare, ut erranti viam commostrem, & patiar lumen de lumine meo accendi &c. At si quis id non faciat, inhumanus quidem est, sed non potest tamen ideo in jus vocari, vel a magistratu cogi pœnis vel coerceri. Magis enim voluntatis & officii hæc sunt, quam necessitatis, *L.* 17. §. 3. *ff. commendati.* Et hæc dicuntur *officia imperfecta.* Jam ergo facile animadvertimus, quomodo differant justitia expletrix & attributrix.

§. XXI.

Expletrix enim est, quæ cuique tribuit quod jure perfecto debetur. Hinc qui a furtis & rapinis abstinet, qui æs alienum debitori solvit, qui pacta & contractus servat, ei justitia expletrix tribuitur, quia hæc omnia jure tam perfecto debentur, ut coerceri possint, & a magistratu in ordinem cogi, qui alteri hæc officia denegant.

Attributrix contra est, quæ cuique tribuit quod voluntatis magis est & officii, quam necessitatis, i. e. quæ tribuit quod alteri debemus, sed ita ut cogi non possimus. Si quis ergo pauperibus stipem elargitur, si miseros consilio juvat, si errantes in viam reducit, is justitiæ attributrici satisfacit.

Quæri hic potest, cur expletrix justitia coactionem admittat, attributrix non item? Multæ sunt rationes, quas tirones non capiunt, nisi præceptis Juris naturæ imbuti. Sufficiat itaque unam

allegasse. Omnia officia perfecta debentur *ab una & certa persona*, adeo ut si hæc illa non præstet, ab alio ista exigere nequeam. E. g. Si Titius mihi debet 100., a solo Titio istos exigere possum, & ludibrium deberem omnibus, si eos a Mævio petam, quia a Titio non præstentur. Contra officia imperfecta non ab una & certa persona, sed *indefinite ab omnibus* debentur. Sic e. g. Iro debeo stipem vel eleemosynam, at non ego solus, sed & omnes reliqui homines. Si ego itaque illi nummum denegem, poterit illum eodem jure a Mævio, Titio & a reliquis omnibus petere. Quum ergo officia perfecta ab una & certa persona debeantur, illa cogenda utique est, quia alias jure meo plane privarer: at imperfecta coactione stabilire non interfuit reipublicæ, quia ideo jure suo non excidit mendicus, si ab uno vel altero repulsam ferat.

## §. XXII.

Eadem occasione agimus de tribus juris præceptis, quæ §. 3. *Instit. h. l.* & *L.* 10. §. 1. *ff. h. t.* recensentur, & quidem ideo, quia ratio illorum commode ex hac prima justitiæ divisione reddi potest. Tria illa juris præcepta sunt: *Honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere.* Unde quæritur, cur hæc tantum recenseant JCti, cum longe plura potuissent commemorari, veluti pacta servare, &c. ? Sed rectissime ratiocinati sunt JCti. Justitia est vel attributrix, vel expletrix. Attributrix versatur circa officia imperfecta, quæ ex honestate fluunt: inde præceptum juris, *Honeste vivere.* Expletrix versatur circa officia perfecta. Ea vel abstinere nos jubent a vitiis lege prohibitis, vel facere ea, quæ leges præcipiunt. Qui abstinet a vitiis lege prohibitis, is paret præcepto, *Neminem læde:* qui facit, quæ leges præcipiunt, præcepto satisfacit: *Suum cuique tribue.* Vere ergo hæc sunt genuina universi juris principia, ad quæ omnes Jurisprudentiæ doctrinæ referri possunt, & ex quibus hæc unice fluunt.

fluunt. Sic e. g. qui a furtis, rapinis, damnis, injuriis abstinet, justus est, nam neminem lædit: qui contractus implet & pacta servat, justus est, nam suum cuique tribuit. Qui in republica civem bonum agit, patriæ prodesse studet, cultui divino vacat, temperanter & modeste vivit, justus est, nam honeste vivit; ut adeo plus veritatis insit his tribus præceptis, quam vulgo putant.

## §. XXIII.

Sequitur altera justitiæ divisio, est enim, ex doctorum sententia, vel universalis, vel particularis, & hæc iterum vel commutativa, vel distributiva; sed utraque parum accurata. Videbimus definitiones, & quidem ex mente Aristotelis, ex cujus præceptis moralibus illa tota divisio desumpta est. *Universalis* philosopho illi *S. Eth.* 1. est ἀρετὴ τελεία πρὸς ἕτερον, exercitium omnium virtutum erga alios. Ergo si quis & justus & liberalis & humanus & modestus est, justus vir erit quoad justitiam universalem. Justitia *particularis* est, quæ coercet avaritiam, adeoque in bonis externis nec sibi plus lucri, nec alteri plus oneris tribuit, quam oportet. E. g. si quis officia, honores, præmia distribuens non indulgeat avaritiæ, sed suum cuique tribuat, particularem justitiam colere dicitur. Hæc vel commutativa est, vel distributiva. *Commutativa* est, quæ ad rem, non ad personæ qualitates respicit, adeoque perfectam æqualitatem observat, qualis in contractibus versatur. E. g. pistor panem non alio pretio vendit senatori quam sutori: si aliter ageret, injustus esset. *Distributiva* contra est, quæ ad personæ qualitates respicit, adeoque æqualitatem non observat, nisi geometricam, quam vocant. E. g. princeps distribuit officia: unum consiliarium facit, alterum secretarium, tertium consulem, quartum prætorem, quintum carnificem. An injustus ideo, quod hunc consiliarium fecit, quod æqualitatem non observavit, quum omnes sint ho-

homines omnes cives? Imo injustus esset princeps, si omnibus eadem munera demandasset. In honoribus enim, præmiis & pœnis distribuendis non ad rem solam, sed ad personæ qualitatem respiciendum. Uti non ex quovis ligno fit Mercurius, ita nec ex quovis homine consiliarius, secretarius, consul vel carnifex. Ita doctores ex mente Aristotelis. Quæritur itaque an hæc divisio probanda sit. Diximus in hoc §pho, ea nos facile carere posse, quia sufficit prior ex Grotio sumpta. Sed addimus, eam ne accuratam quidem esse. Nam (1) in divisionibus unum membrum non debet alterum comprehendere. Quam absurde enim quis hominem divideret, in totum hominem & in digitum minimum? Sed æque bella est nostra divisio: justitia est vel universalis, quæ omnes virtutes complectitur; vel particularis, quæ unam, avaritiæ vel πλεονεξίας oppositam, inculcat. (2) Falsum est justitiam distributivam locum habere in præmiis & pœnis, commutativam in contractibus; uti egregie docuit Hugo Grotius *de J. B. &. P. L. I. c.* 1. §. 8. Sic e. g. furtum ex Jure Romano luitur duplo. Jam fingamus unum furem tam esse callidum, ut ipsi ingenium omne in ipsos digitos quoque abiisse videatur; alterum tam stupidum, ut animam pro sale habeat, ne putrescat; an ideo hic triplo, quadruplo, quintuplo est puniendus? Fingamus porro Stichum servum tres dominos habere, Titium ex semisse, Mævium & Javolenum ex quadrante. Fingamus Stichum dominis suis stipulari 100. , an ideo æqualiter illa summa inter dominos distribuetur, quia hæc obligatio ex contractu est? Minime; imo Titius 50, reliqui duo singuli tantum 25. accipient, §. 3. *Inst. de stip. serv.* Habemus itaque exempla, ubi in distribuendo æqualitas perfecte observatur. In contractibus nonnisi geometrica observatur. Ergo hac divisione parum accurata satis commode carebimus.

§. XXIV.

§. XXIV. & XXV.

Sequitur altera pars hujus tituli, puta, de Jurisprudentia. Ejus duplicem damus definitionem, alteram veterem, quæ in §. 1. *Inst. h. t.* & *L.* 10. §. 1. *ff. h. t.* habetur; alteram novam & a nobis concinnatam, quia illa non adeo accurata est. Ulpianus in dicta *L.* 10 §. 1. eam ita definit: Jurisprudentia *est divinarum atque humanarum rerum notitia justi, atque injusti scientia.* Divinarum, atque humanarum rerum notitia nihil aliud est quam philosophia, quam omnes veteres ita definiunt, & hanc loco generis adsumit Ulpianus. Quia vero philosophia etiam circa verum & falsum in logica, circa bonum & malum in philosophia morali, circa utile in politica, circa caussas rerum naturalium in physica occupata est, de quibus omnibus non est sollicita Jurisprudentia: hinc addit differentiam specificam, *justi atque injusti scientia*, adeoque sensus est: Jurisprudentiam esse philosophiam, quæ in justi atque injusti scientia consistat. Ita Ulpianus, sed parum accurate. Nam (1) falsum est, Jurisprudentiam esse philosophiam, vel ejus partem. Philosophiam enim doctrinas suas ex sola recta ratione tamquam unico cognoscendi principio petit: Jurisprudentia etiam ex lege scripta, quamvis ex ratione recta illa non innotescat. Si e. g. furem suspendio puniendum esse Jurisprudentia docet, sed id supplicium non dictat recta ratio; est tamen justum, quia lex illud irrogat. (2) Tota hæc definitio est orta ex æmulatione, quæ inter JCtos & Philosophos olim gliscebant. JCti conremnebant homines barba & pera philosophos, ignava opera, philosopha sententia. Exempla sunt in *L.* 1. §. 1. *ff. de Just. & Jure; L.* 8. §. 4. *de Excus. tut.*; *L.* 1. §. 5. *ff. de Ext. Cogn.* Potius ergo se veram, non simulatam, philosophiam affectare existimabant, quia homines & præmiis & pœnis meliores efficere studebant. *D. L.* 1. §. 1. *ff. de Just. & Jure.* Cui sententiæ & Euphrates philosophus suffragatur, apud *Plin. L. I. ep. X.* affirmans, *esse hanc philosophiæ & quidem pulcherrimam partem,*

age-

*agere negotium publicum, cognoscere, judicare, promere & exercere justitiam, quaeque ipsi doceant, in usu habere;* quod ipsum est JCti officium. Hæc itaque æmulatio inter JCtos & philosophos vera ratio est, cur Ulpianus ita definiverit Jurusprudentiam, uti illi tribuat quæ philosophiæ tribuenda existimant philosophi. Sed definitio ex mera æmulatione profecta plerumque est ὑπερβολική, adeoque parum accurata.

§. XXVI.

Quæ cum ita sint, accuratiorem definitionem dare maluimus. Nobis enim Jurisprudentia est *habitus practicus leges recte interpretandi, adplicandique rite ad species quasvis obvenientes.* Genus in hac definitione est *habitus* practicus. Non enim nudæ speculationis caussa jura addiscimus, sed ut ea in usu habeamus. Physicus e. g. tantum speculatur, quid ventus sit: in hac scientia acquiescit, quamquam numquam ventum producere discat. Ast JCtus non ideo discit, quid sit contractus, quid restitutio in integrum, quid libellus, ut hæc scientia se oblectet, sed ut contractum caute ineat, & si opus sit in foro restitutionem in integrum pro se vel aliis petat, ut si alter ipsi jus intervertere audeat, libellum conficere eumque judici offerre possit. Omnia ergo hic sunt practica: atque inde est, quod Jurisprudentiam definiamus *habitum practicum.*

§. XXVII.

Differentia specifica, qua Jurisprudentia ab aliis scientiis practicis sejungitur, est *interpretatio & adplicatio legum.* Addimus enim, *leges recte interpretandi, applicandique rite ad quasvis species obvenientes.* Primo ergo leges scit JCtus, deinde easdem recte interpretatur, ac postremo easdem adplicat casibus, qui in vita civili quotidie obveniunt. Hæc tria ita conjuncta sunt, ut si quis illa sejungat & separet, non amplius JCti nomen tueatur. Qui enim scit leges, sed eas non recte interpretatur, is non JCtus est, sed *Leguleius.* Qui & scit & interpretatur, sed non adplicat, is

*Ju-*

*Juris peritus* est, sed non JCtus. Qui adplicat quidem, id est, praxi se mancipat, & cruda studia in forum propellit, sed scientia, & interpretandi subsidiis destitutus, is *Rabula* vocandus. Denique qui & scit leges, & easdem recte interpretatur, & rite in foro adplicat, is vere Jurisconsulti vel, Jurisprudentis nomen tuetur. Dicemus ergo de Interpretatione Juris §. 28., & de ejusdem Adplicatione §. 29.

§ XXVIII.

Interpretati est non verba legum tenere, sed vim & potestatem. *L.* 17. *ff. de legibus.* Interpretatio autem vel legislatori incumbit, & tunc vocatur Authentica: vel judici, & tunc vocatur *usualis*; vel Jurisconsultis, quæ dicitur *doctrinalis. Authentica* est, quando lex tam obscura est, ut ipse legislator consulendus sit, quem sensum legi dare velit. De hac interpretatione agit *L. II. ff. de Leg.* e. g. Lex est, ut rem furtivam tantum dominus persequatur, *L.* 1. *ff. de condictione furtiva*; sed jam perierat aliquid, quod ereptum sibi fuerat; dubitabat judex an hic quoque locum habeat legis rigor, consulebatur Alexander imperator, qui *L.* 1. *C. de his quæ vi metusque caussa*, legem hanc de persecutione rerum furtivarum locum habere dicit, etiamsi perierit res furtiva.

*Usualis* est, quando judex ex rebus antea judicatis leges interpretatur; de qua interpretatione agitur *L.* 12. *ff. de Legibus.* Sic sæpe, si in curia dubitatio suboritur, quomodo hæc vel illa lex interpretanda sit, decisiones veteres consuluntur, & ex iis interpretatio petitur; quæ ideo dicitur usualis, quia ex usu vel praxi præterita sumitur. *Doctrinalis* denique est, quando doctores vel JCti legem secundum regulas rectæ interpretationis explicant; de qua *L.* 13. *ff. de LL.* Eo pertinent omnes Commentarii in Leges a JCtis scripti, qui tum demum auctoritatem aliquam sortiuntur, si regulas bonæ interpretationis observaverint. Tantum enim valent, quantum rationes ab eo allegatæ. *Doctrinalis* illa iterum triplex est, vel extensiva, vel restrictiva,

vel

vel declarativa. *Extensiva* est, quando ratio legis latius patet, quam verba, adeoque ad casum porrigitur interpretatio, quem lex non expresserat. E. g. vetuerat princeps lege pœnali, ne quis frumentum exportaret e provincia sub pœna confiscationis. Mercator, lucro inhians, non quidem frumentum, sed farinam, exportaverat: quærebatur, an in legem inciderit? idque affirmandum videbatur, quamvis lex farinæ non meminerat. Ratio enim legis erat, ne annonæ caritas affligeret rempublicam, ea vero æque affligere poterat rempublicam exportata farina, quam frumentum.

*Restrictiva* contra est, quando verba latius patent, quam ratio legis, adeoque interpretatione casus excipitur, quem verba legis comprehendere videntur. E. g. Lex erat Bononiæ, ut refert Everard. *Topic. Legat. Lib. II. Tit.* 8. ut, quicumque sanguinem in platea publica fuderit, capitis damnetur, barbitonsor in platea venam secuerat hemiplexia correpto; quærebatur, an in legem inciderit? negabatur, quamvis legis verba admodum essent generalia. Legis enim ratio erat securitas publica; ea autem venæ sectione non turbatur. *Declarativa* denique est, si ratio legis cum ejusdem verbis pari passu ambulat, adeoque verba tantum explicanda sunt. E. g. Pater familias uti legasset de pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto. Hic si explicavi, quis dicatur pater familias, quid sit legare, quid pecunia, quid tutela suæ rei, alter statim intelliget totam legem.

§. XXIX.

Hæc de interpretatione legum. Sequitur earum *Adplicatio*, quæ in quo consistat, elegantissimis verbis Cic. *Lib. I. de Orat. c.* 18. docemus. Is ergo dicitur jura adplicare, vel uti hodie loquuntur, in praxi versari, qui juris peritus est (1) ad *respondendum;* quod est officium JCtorum, maxime in academiis Germaniæ, ubi quotidie ad species propositas responsa dant consulentibus; (2) ad *agendum;* quod est advocatorum & procuratorum, qui aliorum desideria in foro proponunt:

(3)

(3) ad *cavendum*, quod est advocatorum & notariorum, qui ubi contractus ineundi, testamenta facienda, vel alia negotia civilia explicanda sunt, instruere debent alios quid cavere debeant, ne vel decipiantur, vel actus nullus sit: (4) addimus ad *judicandum*, quod est officium judicum, ut audito partium jure & probatis factis, i. e. caussa cognita, sententiam ferant secundum acta & probata. Hæc qui probe scit, ICtus est, & ut Cicero alibi loquitur, totius civitatis oraculum.

§. XXX. & XXXI.

Definitionem Jurisprudentiæ sequuntur aliquot divisiones: quarum prima est, quod Jus sit vel *publicum* vel *privatum*, quæ divisio non a fine, sed objecto dicitur. Ratione finis enim omnis Jurisprudentia est publica, quia ad utilitatem publicam comparata est. Inde & jus privatum haud semel publicum dicitur, veluti in *L.* 38 *ff. de pactis*; *L.* 8. *ff. de Tutel. L.* 29. *ff. de Testam. Tut.*; *L.* 9. *ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt*; ubi tutela dicitur publici juris ratione finis & originis, cum publica esse negetur *L.* 6. §. 1. *ff. de excusat.* puta, ratione objecti. Sed ratione objecti, ut dixi, in publicum & privatum recte dividitur. Aliud enim est jus, quod versatur circa negotia publica, e. g. circa jura imperantium, circa bellum, pacem, legationes, fœdera; aliud, quod de privatis negotiis, i. e. de meo & tuo, agit, e. g. de contractibus, pactis, testamentis, legatis. Unde utriusque juris definitiones facile intelliguntur. Nimirum Jus publicum est, quod de statu juribusque rerum publicarum præcipit, i. e. quod docet, quænam sint jura imperantium, quænam subditorum, quis inter utrosque nexus, &c., unde totuplex est hoc jus, quot sunt respublicæ. Privatum contra est, quod ad singulorum utilitatem, i. e. ad meum, tuum, vel privatum singulorum patrimonium spectat. Hinc e. g. si ex furto ago ad duplum vel quadruplum restituendum, actio hæc est juris privati, quia hic res ad privatum patrimonium pertinet. Contra si procurator fisci furem perse-

qui-

quitur, ut laqueo suffocetur, persecutio hæc est juris publici. Non enim hic de meo & tuo quæritur, sed de securitate reipublicæ, cujus vel maxime interest fures e medio tolli.

XXXII.

Altera divisio juris est, quod sit vel naturale, vel gentium, vel civile. Et de hac divisione sequenti titulo ex instituto agitur.

## TIT. II.

## DE JURE NATURÆ, GENTIUM, ET CIVILI.

§. XXXIII.

Vel ipsa rubrica hujus tit. indicat tres esse ejus partes. Agitur enim (1) de jure naturali §. 35. — 36. (2) de jure gentium §. 37. — 42. (3) de jure civili §. 43. — 74. Res redit ad varias juris divisiones, quæ paullo altius hic sunt repetendæ.

Jus variis modis accipi, in *L. 11. et 12. ff de Just. et Jur.* observatum. In hoc titulo per *jus* intelligimus *complexionem omnium legum unius generis*. Quales ergo sunt leges, quæ in unum corpus vel systema compinguntur, tale est jus, & tale illud nomen sortitur. E. g. si omnes leges ecclesiasticas in unum corpus compingo, habeo jus ecclesiasticum; si feudales, habeo feudale: si nauticas, jus nauticum: si civiles, jus civile &c.

§. XXXIV.

Inde vero fluit prima juris divisio, quod sit vel *divinum*, vel *humanum*. Divinum est, quod omnes leges ab ipso Deo immortali latas complectitur: humanum, quod leges ab hominibus latas inculcat. Quum enim, ut paullo ante §. 35. docuimus, tale sit jus, quales sunt leges: necessario sequitur, ut ex legibus divinis nascatur jus divinum, ex humanis jus humanum. Hæc facilia sunt intellectu.

§. XXXV.

§. XXXV.

**Divinum** subdividitur in *naturale* vel *positivum*. Deus enim est legislator supremus; legislator autem non solum leges excogitat, sed & easdem promulgat, nec obligare lex potest nisi promulgata. Hinc ridiculum est quod de C. Caligula refert Sveton. *c.* 41. eum legem proposuisse minutissimis litteris & in angustissimo loco, ne quis describere posset, quasi lex obligaret, quæ subditis per promulgationem non innotescit. Itaque & Deus tamquam supremus legislator leges suas promulgat, ut hominibus innotescere possint: idque vel per *rationem*, ut homo secum si ratiocinari vellet, quid justum sit, statim posset cognoscere; vel per *revelationem*, seu Scripturam sacram, *) ut ea legentes ejus voluntatem intelligant. Quod ergo jus per rationem innotescit, naturale, quod per solam revelationem s. Scripturæ, **) positivum adpellatur. E. g. ipsa recta ratio docet homicidia esse illicita: est ergo hoc Juris Naturæ. At ratio non docet sabbatum esse observandum, christianos esse baptismo lustrandos &c.; sunt ergo hæc Iuris divini Positivi.

§. XXXVI. & XXXVII.

Jam ergo videbimus, 1) quomodo jus naturæ & gentium definiatur in jure nostro, §. 36. — 39. 2) quomodo id ex sanioribus principiis rectius definiri possit, §. 40. 41. Jus naturale Ulpiano in *L.* 1. §. 3. *ff. de J. & J.* & Justiniano *pr. Inst. h. T.* est, *quod natura omnia animalia docuit*: jus gentium, *quod solis hominibus inter se commune* est.

*) Profitentur Catholici Divinam *revelationem* contineri in Scriptura Sacra, sed non in sola Scriptura Sacra; nam credunt etiam contineri in Divinis Traditionibus juxta Decretum Concilii Tridentini *Sess.* 4.

**) Et Traditionem, Vid. cit. Decretum Tridentini.

est. Miræ definitiones, contra quas multa disputantur. Nam (1) animalia bruta destituta sunt ratione. Quæ vero ratione carent, legibus obstringi nequeunt. Quis, quæso, leges præscripserit arbori, ut saltet, equo ut cantet, capro ut castus sit? Ratione hæ res carent, adeoque nec leges intelligunt, neque iis possunt obligari. Si legibus obligari non possunt, sane nec jus in eas cadit, adeoque falsum est, quod jus naturale natura omnia animalia docuit, multoque verius est, quod canit Hesiod. *Op. & d. Lib. I.*

Τὸνδε γὰρ ἀνθρώποις νόμον διέταξε Κρονίων
Ἰχθῦσι γὰρ καὶ θηρσὶ καὶ οἰωνοῖς πετεηνοῖς
Ἔσθειν ἀλλήλους. ἐπεὶ οὐ δίκη ἐστὶ μετ' αὐτοῖς.
Ἀνθρώποισι δ' ἔδωκε δίκην ἣ πολλὸν ἀρίστη.

*Humano generi nam lex datur, a Jove summo,*
*Quippe feræ, pisces, avium genus altivolantum*
*Mutua se vertunt in pabula, juris egentes:*
*Justitia at nobis, quæ res est optima, cessit.*

(2) Exempla hujus juris animalibus omnibus cum homine communis dari nequeunt. In *princ. Inst. h. t.* proferuntur exempla, conjunctio nimirum maris & feminæ, educatioque sobolis, quippe quam & hominibus & brutis natura inculcat. Sed quamvis fateamur bruta conjungi & procreate fætum, pullis ubera præbere: id tamen non faciunt ex obligatione juris, sed ex impetu naturali, ipsaque nesciunt quid agant.

Quomodo ergo in has definitiones inciderunt veteres? Sunt, qui Stoicos, quos JCti secuti sunt, brutis rationem tribuisse contendunt. Sed id nec Stoici fecerunt, ut ex Plutarchi *libro de solertia animalium* docuimus, nec JCti, qui in *L. 1. §. 3. ff. si quadr. paup. fec.* bruta sensu carere dicunt. Vera ergo Stoicorum JCtorumque hypothesis hæc fuit: secundum jus vivere, est secundum naturam vivere; natura est vel brutis cum homine communis, vel homini propria: secundum illam vivere, est secundum jus naturæ vivere: secundum hanc, ad

ad regulas juris gentium. Inde ergo fluit utraque definitio, quam dedimus: E. g. se defendere adversus aggressores, commune est brutorum & hominum, ergo est juris naturæ. At pacta servare, naturæ humanæ proprium est; bruta enim non paciscuntur: ergo est juris gentium. Veram hanc fuisse veterum JCtorum sententiam luculenter patet ex *L.* 1. §. 3. 4. *ff. de Just. & Jure.* Sed sciverunt tamen veteres in bruta non cadere obligationem, adeoque nec jus illis tribui posse: cur ergo illis nihilominus jus naturale tribuerunt? Audiamus Cujacium eleganter respondentem in *Not. prior. ad pr. Inst. h. t. Jus in bruta non cadit, nam nec injuria cadit. Denique, ut rationis, ita juris expertia bruta sunt. At quæ bruta faciunt incitatione naturali, ea si homines faciant, jure naturali faciunt.* Hæc ergo Stoicorum, hæc veterum JCtorum sententia, e. g. bruta se defendunt ex impetu atque incitatione naturali, sine ratione & consilio. Si idem homines faciant cum consilio & ratione, tunc eos secundum jus naturæ agere dicebant.

§. XXXVII. XXXVIII. XXXIX.

Duplex vero veteribus est jus gentium, primarium & secundarium. Quamvis enim hæc vocabula artis nusquam in Jure nostro reperiantur, res ipsa tamen ibidem omnino reperitur. *Primarium est, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit & apud omnes peræque custoditur* §. 5. *Inst. h. t. Secundarium*, quod usu exigente & humanis necessitatibus es introductum, §. 1. *Inst. eod.* Differunt ergo hæc jura 1) ratione originis: primarium ab ipsa ratione, vel Deo potius, ejus auctore, est; secundarium gentes per pactum tacitum introduxerunt. E. g. pacta servanda esse, ratio homines docet: at, quod bello capti servi fiant, ea gentes tacito inter se constituerunt pacto. Est ergo prius juris gentium primarii: posterius secundarii. 2) Differunt materia. Jus primarium est absolutum, quod in hominem absolute cadit, tanquam hominem. E. g. religio erga Deum

Deum, pactorum sanctimonia. Jus secundarium est hypotheticum; non enim locum haberet, nisi poneremus certas necessitates vel certos status. Sic e. g. furtum non esset prohibitum, nisi dominia rerum introducta ponamus; bellum non esset juris, nisi statum ponamus, ubi judiciis destituuntur homines.

## §. XL.

Exposuimus hactenus doctrinam veterum de jure Naturæ & Gentium: jam quæritur, an non adcuratius utrumque Jus possit definiri? Id sane nemo negaverit. Recentiores enim, ex quo paullo accuratius Jus Naturale excoluerunt, animadverterunt, definitionem nonnisi ab ejus auctore & promulgatione esse petendam. Jam cum auctor hujus juris sit Deus, promulgatio vero facta sit per rectam rationem, commodissime sane definietur, quod sit *jus ab ipso Deo generi humano per rectam rationem promulgatum.* Eodem fere modo Apostolus sibi concipit jus naturæ, dum dicit ἔργον τῦ νόμυ γραπτὸν ἐν ταῖς καρδίαις ἐθνῶν, opus legis cordibus etiam gentilium inscriptum. *Rom.* 2. 15. Dicitur enim cordibus incriptum hoc jus eo sensu, quod per ipsam rectam rationem statim unicuivis innotescat, modo recta ratione utatur, eamque in consilium adhibere velit. Ex ea ergo definitione simul videmus, (1) falsum esse, quod cum scholasticis tradit Grotius *de J. B. & P.* §. 11. *prolegg.* fore aliquod jus naturæ, etiamsi diceremus, quod sine summo scelere dici nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana. In eo, inquam, ratio fugit virum magnum. Nam jus est complexio legum, (§. 33.) ubi ergo nulla est lex, ibi nullum jus: nulla autem lex est ubi nullus legislator, ubi nullus Deus, ergo sublato Deo tolleretur Jus Naturæ. Posset quidem & atheus, etiamsi Deum existere negaret, secundum juris naturæ præcepta vivere, a furto, cædibus, injuriis abstinere, sed id tunc non faceret obsequio juris, sed intuitu propriæ utilitatis, quia

quia videt se aliter in societate humana ferri non posse. Deinde ex hac definitione etiam videmus, (2) jus naturæ esse immutabile, §. 11. *Inst. h. t.* Nam & Dei voluntas, ex qua proficiscitur, & ratio, per quam promulgatur, immutabilis est. Si ergo mutaretur Jus Naturæ, vel Deus non amplius esset Deus, vel id fieret rationi adversum, quod antea erat eidem consentaneum: quod absurdum. Neque ergo Jus Naturæ mutari potest. At dicitur tamen mutari *L.* 6. *pr. ff. de Just. & Jure*, & quidem per Jus Civile? Imo id negatur. Nam distinguit (1) inter Jus Naturæ *permissivum & præceptivum*. Illi humanum genus renunciare potest, tamquam juri in sui favorem introducto: de hoc vero recte dicitur, quod mutari nequeat. Atqui de illo potissimum loquitur *L.* 6. *pr. E. g.* Lex præceptiva est, neminem læde. Hanc nulla lex civilis evertere vel mutare potest, & si princeps quidam vel tyrannus id auderet, obtineret illud Apostolorum Act. 5. 29. *πειθαρχεῖν δεῖ θεῷ μᾶλλον ἢ ἀνθρώποις*, magis Deo obediendum quam hominibus. (2) Distinguendum inter mutationem juris, & attemperare illud ad statum reipublicæ. Illud fieri non potest: hoc autem, quia salvum relinquit Jus Naturæ & tantum ei circumstantias quasdam addit, omnino recte fit a quocumque legislatore. E. g. pacta sunt servanda, est Juris Naturæ. Jus Civile addidit hanc circumstantiam, ut pacta non sint nuda, sed certa cum stipulatione conjuncta. Non mutat ergo regulam, sed circumstantiam addit, quam exigere videbatur status reipublicæ. Et de hac adtemperatione J. N. ad statum civilem loquitur *d. L.* 6. *pr. de Just. & Jure.*

## XLI.

Definivimus Jus Naturæ: quid vero Jus Gentium? *Est ipsum jus naturale integrarum gentium negotiis & caussis adplicatum.* Non ergo jus naturæ & jus gentium sunt duo diversa jura, ut sibi persuaserunt veteres JCti scholastici & ipse

Grotius, sed unum, idemque jus pro diverso subjecto modo naturale dicitur, modo gentium. Si enim negotiis & caussis privatorum adplicatur, dicitur Jus Naturale: sin negotiis & caussis gentium, dicitur Jus Gentium. E. g. pacta sunt servanda, est regula Juris N. Si fingamus Titium Mævio promisisse 100. aureos, eosque non præstare, dicemus illum violasse Jus Naturæ, quia privatus uterque est: at si fingamus fœdus inter se pactos Hispanos atque Gallos, & alterutram gentem non satisfacere legibus istius fœderis, dicemus eam gentem fœdifragam esse contra Jus Gentium; & tamen idem jus utraque jussit pacta servare. Sunt, qui objiciunt ea tamen, quæ sunt Juris Gentium secundarii, non posse ex Jure Naturali derivari, e. g. bella, servitutes, etc. adeoque dari Jus Gentium a jure Naturali diversum. Videndus Sam. Rachelius *in diss. singulari de Jure Gentium*, & B. Hubetus, *digress. lib.* 5. c. 9. Sed jam ostendit Puffendorfius omnia, quæ ad Jus Gentium secundarium referri solent, vel esse vere Jur. Nat. ut bellum; vel tantum ex moribus gentium fluere, adeoque Juris potius Civilis esse, quam Gentium; e. g. servitutem bello captorum, juris sepulturæ etc. Maneat ergo firmum & fixum, non dari Jus Gentium a Jure Naturæ diversum.

## §. XLII.

Redeamus ad superiorem divisionem. Jus erat vel divinum, vel humanum: divinum iterum vel naturale, vel positivum. De naturali hactenus diximus: sequitur jam positivum. Est vero *Jus divinum positivum, quod per sacras litteras* (*) *promulgatum ex sola recta ratione non innotescit.* Maxime ergo a naturali differt, quamvis a Deo utrumque sit. Nam (1) naturale est per rationem, hoc

(*) Adde & *Traditiones.* Conf. cit. loc. Trident.

hoc per sacras litteras promulgatum. (**) (2) Illud est æternæ necessitatis, & ita cum recta ratione conjunctum, ut vel ea sola innotescat ipsis etiam gentibus. At hoc non est æternæ necessitatis, sed ex libera Dei voluntate dependet, adeoque nesciret homo id justum esse, nisi sacræ litteræ (***) id docerent: e. g. quæ Deus Israelitis præceperat de circumcisione, de Sacrificiis, de esu animalium impurorum prohibito, erant jura divina, sed quæ non erant æternæ necessitatis; nec ratio Judæis dictare potuisset nefas esse suem vel leporem comedere, nisi scriptura id revelasset. Jus hoc positivum divinum in *Universale & Particulare* dividitur. *Universale* vocant quod toti generi humano commune, e. g. leges *Gen.* 9. 6. *Levit.* 18. 20. *Particulare*, quod genti Judaicæ proprium est, e. g. leges de circumcisione, sacrificiis, esu animalium, lepra, & reliquæ cæremoniales & forenses. Sunt quidem qui Juri universali positivo status quæstionem movent, negantque hujusmodi Jus dari: sed de ea controversia alibi erit docendi locus, cum illa tirones non capiant.

§. XLIII.

Progredimur ad Jus humanum vel civile, adeoque ad tertiam hujus tituli partem. Dicitur *Jus civile jus, quod quisque populus sibi constituit, et cujusque civitatis proprium* est *L.* 9. *ff. de Just. & Jure.* Unde differt a Jure Naturali & Gentium, quod non uni alicui genti vel civitati proprium, sed universo generi humano commune est. Multa nimirum singulæ gentes præcipiunt, multa prohibent, quæ in se nec turpia nec honesta sunt; sed, quia reipublicæ utilitas id exigit, justa fieri incipiunt. E. g. venari feras non est injustum, & potest tamen id jure civili gentium multarum pro-

(**) Aut per Traditionem. Vid. item loc. cit. Trident.

(***) Vel Traditio. Ex hac enim pariter agnoscimus Dei voluntatem. Conf. Trident. loc. cit.

hiberi, quum alii id permittant. Ita & militare in se nec honestum nec turpe est, sed lex tamen Romana jubebat omnes ingenuos per certos annos stipendia facere. Quæcumque ergo singuli populi circa hujusmodi sanciunt, ea Juris Civilis esse dicuntur. Patet inde, (1) Jus Civile non esse omnibus gentibus unum idemque, quia nec omnibus idem utile vel noxium. (2) Tot esse Jura Civilia, quot sunt civitates vel respublicæ. Attamen (3) quia plerique populi moratiores Juri Romano ob summam æquitatem se sua sponte submiserunt, id κατ' ἐξοχὴν & propter summam eminentiam Jus Civile dici, item Jus commune. Ergo ubi hodie de Jure Civili vel Communi loquimur, plerumque Romanum intelligere solemus.

## §. XLIV.

Jus hoc Civile dividitur in scriptum vel non scriptum. Sed hic ante omnia tenendum, scribere hic non accipi grammatice, pro redigere in litteras, datur enim jus scriptum quod nunquam in literas redactum est, & datur etiam jus non scriptum, quod tamen in litteras redactum; e. g. consuetudines feudales, quæ in Corpore Juris occurrunt. Quid ergo JCtis hic est scribere, si significationem grammaticam non sequuntur? Resp. *Scribere* JCtis est *promulgare*; Jus *scriptum*, *promulgatum*; Jus *non scriptum*, *non promulgatum*. Quam significationem & Græcis non ignotam fuisse in nota * docui. Quodcumque ergo jus expresse promulgatum est, sive scriptura, sive voce præconis, sive alio quocumque modo, id dicitur Jus scriptum, sive in scripturam redactum. Hinc e. g. Lacedæmonii usi sunt jure scripto, quamvis numquam in scripturam redactæ sint Lycurgi leges. Quodcumque ergo jus tacite & sine promulgatione in republica invalescit, sive postea in scripturam redigatur, sive non redigatur, non scriptum dicitur: e. g. Consuetudines feudales. Exinde apparet non accurate Justinianum §. 10. *Inst. h. t.* hanc juris partitionem arcessere a moribus Lacedæmoniorum & Atheniensium, quasi illi

illi jure non scripto, hi scripto, usi sint; vere enim utraque civitas jure scripto regebatur. Lycurgus enim non minus quam Solon leges suas sollemniter promulgaverat, quamvis eas litteris consignari noluerit. Erravit ergo Justinianus, nisi jus scriptum accipias in sensu grammatico; hoc enim sensu vere Athenienses jure scripto, Lacedæmonii jure non scripto usi sunt. At tunc perperam dicitur hæc divisio ab illis civitatibus originem sumsisse.

§. XLV.

Juris scripti sex species sunt: (1) lex, de qua §. 46.; (2) plebiscitum, de quo §. 47. (3) SCtum, de quo §. 48—50; (4) principum placita vel constitutiones, de quibus §. 51—63; (5) magistratuum edicta, de quibus §. 64—66; & denique (6) responsa prudentum, de quibus §. 67—70. Et eo ordine species juris scripti recensentur in §. 3. *Inst. b. t.* Sed posset cuidam dubium suboriri ex duobus locis obstantibus. Nam in hoc §. II. jus, ex responsis prudentum ortum, scriptum dicitur; contra *L.* 2. §. 5. & 12. *ff. de origine juris*, *sine scripto venire* dicitur, & *sine scripto in sola prudentum interpretatione consistere.* Sed salva res est, si distinguas tempora. Responsa prudentum initio fuere jus non scriptum, quia nunquam per modum legum promulgata sunt, sed tacite in foro auctoritatem consecuta. Ex quo autem Justinianus ea in Digesta retulit, & tanquam leges ab omnibus observari jussit, sane Jus sctiptum esse cœperunt, tanquam sollemniter promulgatum. Sed de hoc in ipsa nota *. Pergimus ad singulas juris scripti species.

§. XLVI.

Earum prima est *Lex.* Hæc hoc loco non accipitur in sensu hodierno, quo omne præceptum summorum imperantium lex dicitur: sed in sensu Romano. Ergo ex antiquitatibus paullisper repetendum, quomodo LL. latæ fuerint Romæ. Primo ergo (1) lex scribebatur a consule vel præto-

 re,

re, dictatore aliove magistratu, & communicabatur cum senatu. (2) Si lex senatui placeret, fiebat SCtum de lege ferenda. (3) Hinc lex promulgabatur, i. e. proponebatur publice per trinundinum, id est, per 27. dies, ut unusquisque civis eam legere & expendere posset. (4) Hinc inducebantur comitia, quibus singuli cives intererant. (5) Facta re divina prodibat magistratus senatorius, & legem rogabat formula: velitis jubeatis, Quirites, an hæc lex recipienda sit. (6) Tum singulis civibus distribuebantur duæ tabulæ, una, cui inscriptum A., (antiqua probo) una, cui inscriptæ litteræ V. R. (uti rogas). Hinc porro cives centuriatim vel tributim ibant per partes, & alterutram tabulam conjiciebant in cistulam. Quidquid ergo placeret civibus, id licitum erat, poterantque vel probare legem, vel antiquare. (8) Denique dinumeratis tabellis, si plures cum littera A. reperiebantur, lex pro rejecta habebatur; sin plures cum litteris V. R. lex tamquam populi suffragiis probata promulgabatur. Plura diximus in *Antiq. Rom. h. t.* Jam ergo facile intelligimus definitionem legis. *Lex* est, quam populus Romanus (universus) senatorio magistratu (veluti consule, vel prætore, vel dictatore) constituit. Nimirum inde patet, libera republica duo fuisse legis requisita: (1) ut lex ferretur a toto populo, qui e patriciis & plebeiis constabat: (2) ut ferretur rogante magistratu senatorio.

§. XLVII.

Unde statim intelligimus, quomodo a lege differat Plebiscitum. Illud enim (1) non a toto populo ferebatur, sed a solis plebeiis; (2) non rogante magistratu senatorio sed plebeio, i. e. tribuno aliquo plebis. Quum enim, ejectis regibus, maxima esset inter patres & plebeios discordia, illique aristocratiam, hi democratiam stabilire conarentur, demum in montem sacrum secesserunt plebeii, nec prius reversi sunt in urbem, quam singularem impetrassent magistratum, puta tribunos plebis, qui plebem adversus consulum & se-

na-

natus injurias; defenderent. *Liv. l.* II. *c.* 33. *L.* 2. §. 20. *ff. de orig. jur.* Hi tribuni cum essent sacrosancti, i. e. inviolabiles, nihil fecerunt reliqui, ut summam potestatem ad se traherent, & veram introducerent democratiam. Et hinc & leges per plebis suæ suffragia ferre incipiebant, quæ plebiscita vocabantur. Hinc novæ lites. Senatus enim vel patres non solum tribunis hujusmodi leges laturis acriter resistebant, verum etiam si perlatæ essent, se illis teneri negabant. Hinc post multas discordias a. v. c. 304. lata lex Horatia a M. Horatio Cons., cautumque ut quod tributim plebs jussisset, populum (universum) teneret. *Liv. l. III. c.* 55. Postea, quum novis cavillationibus legem Horatiam eluderent, successit a. v. c. 414. lex Publilia, a Q. Publilio Philone dictatore lata, ut Quirites omnes tenerent plebiscita. *Liv. l. VIII. c.* 12. Denique cum de novo tergiversarentur patres, plebs ad seditionem constemata denuo in montem Janiculum secessit, non prius reditura, quam per Q. Hortensium dictatorem a. v. c. 456. lex Hortensia esset lata, eaque leges Horatia & Publilia in usum revocatæ. *Gell. lib. XV. c.* 28. *L.* 2. §. 8. *ff. de orig. jur.* Ex eo ergo tempore ratione effectus nihil fuit inter leges proprie dictas & plebiscita differentiæ: utraque enim populum universum obligabant; unde & paullatim leges dici cæperunt plebiscita, & in ff. nostris fere semper ita vocantur, e. g. lex Aquilia, Falcidia, Atilia. Cf. *Gell. lib.* 20. *c.* 20. & *Cic. Orat. II. de lege Agraria c.* 8.

§. XLVIII. XLIX. & L.

Tertia species juris scripti sunt *Senatus Consulta*, quæ secundum diversa tempora consideranda. Alia enim erant SCta *tempore liberæ reipublicæ*, *alia sub imperatoribus*. Tempore liberæ reip. quidem fiebant SCta, sed ea non erant leges, quia senatus non gaudebat potestate legislatoria. Erant ergo tunc SCta decreta senatus de rebus ejus curæ demandatis, e. g. de ferendis legibus, de provinciis sortiendis, de delectu militum habendo, &c.

Modum condendi SCta descripsimus in *Ant. Rom. L. 1. Tit. 2.* §. 48. Idem mos adhuc obtinebat sub Augusto imperatore, qui non per senatum, sed per suffragia populi leges ferebat, ne regium imperium adfectare videretur. Sed primus Tiberius callide persuasit populo molestum ait esse in unum convenire, §. 5. *Inst. h. t. L.* 2. §. 9. *ff. de O. J.* & hinc quasi populum onere levaturus comitia e campo transtulit in curiam. *Tac. Annal. l. 1. c.* 15. Id vero eo consilio fecit, ut omnia posset suo arbitrio mutare: senatores enim tunc erant serva pecora Tiberio ad omnia obnoxia, quæ non auderent illi ulla in re refragari. Modus vero condendi hæc SCta hic erat, ut (1) frequente senatu confluente imperator præmitteret orationem, qua novam legem suadebat; unde & ipsa SCta sæpe vocantur *orationes principum*, vel jure orationibus principum constituta. Vid. JCtus eruditiss. Scipio Gentillis *de orationibus principum.* (2) Ea oratio legebatur a quæstore candidato, *L. un.* §. 2. & 4. *ff. de offic. quæst.* (3) Hinc relatio fiebat a consule, & senatores rogabantur sententiam. (4) Dictis sententiis pronuntiabat Cæs. *qui hæc sentitis, in hanc, qui alia omnia, in illam partem discedite, qua sentitis.* Quo facto (5) senatores surgebant, & singuli in eam partem ibant, quacum sentirent. (6) Si itaque pluribus sententiis esset probata principis oratio, tunc in eam sententiam scribebatur SCtum, idque deinde æri incisum & publice propositum ærario Saturni inferebatur.

Obiter notandum, SC. nomina accepisse plerumque a consule, qui ad senatum retulerat, e. g. SCtum Trebellianum, Vellejanum, Tertullianum, Orphylianum. Unum est, quod ab improbo & scelesto homine, qui SCto occasionem dederat, cognominatum; puta Macedonianum a Macedone, improbo fœneratore dictum *L. 1. pr. ff. de SCto Macedon.*

Sed quæritur, quandiu SCta in usu fuerint? Tamdiu quamdiu dissimulandum videbatur imperatoribus. Hinc sub Antonino Severo, Antonino Cara-

cal-

calla, Elagabalo & Alexandro adhuc SCta memorantur facta: post ea tempora vix eorum nomen auditur. Nam quia (1) jam populus Romanus impetio monarchico adsueverat, & (2) per legem regiam omne jus in imperatores contulerat: ratius SCta fieri cœperunt, & pleraque nova jura introduci cœpere per constitutiones principum. Tales jam Vespasiani temporibus prodire cœperunt, & docet exemplum *L.* 4. §. 6. *ff. de legation.*

§. LI.

Quarta ergo species juris scripti sunt *Constitutiones*, de quibus quæritur, (1) quid sint? §. 51. (2) quotuplices? §. 52 — 55. (3) an vim legis habeant? §. 56 — 58. (4) quid sint privilegia, quotuplicia, & quid circa ea justum sit? §. 59 — 65.

(I.) Quid sint, brevi hac definitione explicamus: *Sunt principum placita, quæ si principes volunt, legis habent vigorem.* Tota definitio habetur in *l. c. pr. ff. de Const. princ.* præter verba, *si principes volunt; quæ* adjecimus ex §. 6. *Inst. h. t.* Scilicet non omnes epistolæ vel constitutiones principum pro lege sunt, sed quas princeps pro lege vult a subditis observari. Hinc nec ejus litteræ privatæ, (quales Trajani imperatoris ad Plinium, *lib. X. ep. Plin.* extant) pro legibus valent; nec rescripta ad preces privatorum emanata, quippe quæ semper tamquam sub & obreptitia impugnari possunt, si veritate non nitantur preces, uti infra §. 56. ostendemus. Constitutiones itaque principis pro legibus sunt, *si principes velint.*

§. LII.

(II.) Sed quæritur porro, quotuplices sint? Aliæ sunt *generales*, aliæ *speciales*. Generales sunt, quibus princeps omnes vult obstringere, e. g. si edictum publicet, ut qui duellum inierint, capitis damnentur. *Speciales* contra, quibus extraordinem uni personæ aliquid vel indulgetur vel imponitur, ita ut ad exemplum non trahatur: e. g. si princeps Titio indulget privilegium monopo-

lii, si unum lex e civibus extra ordinem severius punit. Exemplum habemus in *L. 2. fin. ff. de his, qui sui vel alien.* Et hæ speciales constitutiones etiam privilegia dicuntur, de quibus infra §. 59. seq. dicemus. Generales porro dividuntur in *Rescripta*, *Decreta*, *Edicta*; de quibus in seqq. §§. separatim agendum.

§. LIII.

(a) *Rescripta* sunt, quibus princeps ad libellos vel ἀξιώσεις partium vel ad consultationes magistratuum respondet. Sæpe enim privati litteras supplices (lene request) offerebant principi, quibus hanc vel illam injuriam sibi fieri conquerebantur: sæpe etiam magistratus, sæpe integræ universitates, municipia, coloniæ, principes consulebant. Quidquid ergo tunc princeps respondebat, id dicebatur *Rescriptum*. Sed tamen rescripta, pro diverso statu consulentium, modo *Adnotationes* vel *Subnotationes*, modo *Epistolæ*, modo *Sanctiones pragmaticæ* dicuntur. (α) *Adnotationes* vel *Subnotationes* sunt, quibus princeps respondet ad libellos vel ἀξιώσεις partium seu privatorum. Elegans exemplum est in *L. 9. ff. ad L. Rhod. de jactu.* (β) *Epistolæ*, quibus princeps ad consultationem magistratuum respondet. Exempla plura Trajani sunt *in Lib. X. ep. Plin. & L. 6. §. 5. ff. de offic. Procons.* (γ) *Pragmaticæ sanctiones*, quibus princeps rescribit ad consultationem integræ universitatis; e. g. provinciæ, urbis, municipii, collegii. Exemplum est in *L. 5. §. 5. de offic. Procons.*

§. LIV.

(b) Jam ad *Decreta*, quæ erant Constitutiones, quibus principes, caussa inter partes cognita, vel sententiam ferebant, vel de plano interloquebantur, quæ definitio ex *L. 1. §. 1. ff. de const. Princ.* desumpta est. Nimirum sæpe caussæ graviores per appellationem deferebantur ad ipsos principes, sive civiles essent, sive criminales. Exemplo esse poterit causa Apostoli Pauli, qui accusa-

satus seditionis, quum ad Cæsarem provocasset, Romam ad Cæsarem mittebatur. *Act.* 25. 11. 12. Eum in finem Romæ erat consilium JCtorum in palatio principis, qui caussas audiebant, & principem de ferenda sententia instruebant. Vid. Spartian. *vit. Hadriani*, c. 18. *Quum judicaret, in consilio habuit non solos amicos, aut comites solum, sed JCtos, & præcipue Julium Celsum.* Quidquid ergo auditis partibus pronunciabat princeps, id decretum dicebatur. Aliquando tamen distinguuntur decreta & interlocutiones. *Decreta* sunt sententiæ, quas princeps adhibito sollemni ordine & strepitu judicii ferebat, exemplum est *in* §. *ult. Inst. de Vulg. substitut. Interlocutiones*, quas de plano & sine strepitu judicii proferebat. Exemplum habes in *L.* 7. *ff. ad L. Jul. de vi privat.*

§. LV.

(c) Reliqua sunt *Edicta*, quæ sunt Constitutiones, quibus princeps aliquod jus novum motu proprio ad universorum civium utilitatem constituit. Unde differunt (α) a *rescriptis*, quia in edictis motu proprio, in rescriptis ad preces aliorum princeps aliquid constituit. (β) a *decretis*, quia edictis jus novum constituit, per decreta jus vetus tantum applicatur. (γ) a *mandatis*, quia edicta ad universos cives, mandata tantum ad certas personas pertinent. Sic e. g. magistratibus, legatis, ducibus bellicis sæpe dantur certæ formulæ, quid agere debeant, (hodie vocantur *instructiones*,) eæ non sunt edicta, sed mandata, quia non omnes cives, sed illum, cui datæ sunt, obligant.

§. LVI. LVII. LVIII.

**(III.) Ex his ergo definitionibus facile explicatur quæstio tertia: an hæ Constitutiones principum jus faciant? Nimirum (a) quod ad *Rescripta* attinet, illa non semper faciunt jus, sed aliquando plane nihil valent: (α) si preces veritate non nitantur. Neque enim non princeps mandare aliquid tenetur ad simplicem unius partis narrationem, nisi ea conditio-**

ne, *si preces veritate nitantur*. Evolvenda hinc & notanda *L. ult. C. de divers. princ. rescr.* (β) si princeps non subscripserit, vel dies & Consul non sit additus, vel hodie sigillum *L.* 3. *L.* 4. *C. eod.*; ubi notandum, principes olim subscripsisse colore purpureo ex murice cocto, qui vocabatur *sacrum encaustum*, quo præter principem nemini uti fas erat. Conf. Sam. Stryck *Diss. de sacro encausto*. (γ) Si rescriptum impetratum esset in detrimentum reip. aut in præjudicium juris tertio quæsiti. Pertinet huc *totus titulus C. si contra jus vel util. publ.*, maxime *L.* 6. Obiter observandum, Rescriptis hujusmodi vitio quodam laborantibus in foro opponi solere *exceptionem*, quæ *Sub.* & *Obreptionis* a practicis vocari solet.

(b) De *Decretis* notanda regula: Decreta vel Sententiæ principum tantum jus faciunt inter partes, non inter alios. Sunt enim sententiæ, sententiæ autem non sunt leges, sed adplicatio legum; *L.* 2. *C. de LL. & Const.* Ergo nec jus faciunt, nisi inter partes. Excipiuntur tamen duo casus: (α) Quando princeps legem obscuram simul exponit, tunc simul ea expositio pro lege est. *L.* 12. *C. eod.* (β) Quando princeps diserte jubet, ut eodem modo & in similibus casibus pronuncietur. *L.* 3. *eod.* Ex quo simul patet, quanto minus curiarum & judiciorum sententiæ & decisiones pro lege valeant, quum ne decreta quidem principis semper ea auctoritate polleant. Sic e. g. Sandius scripsit *Decisiones curiæ Supremæ Frisiæ*; similes passim B. Huberus dedit *in Prælect. ad ff.*, & Vir ampl. Zach. Huber. *in Observat. rerum judicatarum:* sed eæ non faciunt legem, & hinc sæpe hodiernæ decisiones Frisiæ ab antiquis illis discedunt, fatente laud. Hubero, *Obs. rer. jud. Obs.* 93. *p.* 418., ubi cum Sandio: Variant sæpe curiarum præjudicia, sibique sunt contraria. Imo sub uno ejusdemque curiæ tecto modo hoc, modo illud, etiam in pari caussa, judicatur.

(c) De *Edictis* denique certa est regula, ea proprie esse leges, & hinc in jure nostro vocantur le-

leges diserte, in locis allegatis. Quum enim Constitutiones legis habeant vigorem, si princeps vult, §. 11., consequens est, ut edicta habeant legis vigorem, quia, dum ea proponit, diserte jubet illa ubique & ab omnibus observari.

## §. LIX. LX.

Hactenus de Constitutionibus generalibus: sequuntur speciales, quæ & Privilegia, quasi privæ leges dicuntur. Privus enim veteribus idem erat ac singularis. Ergo privilegium est lex singularis. Accuratior tamen definitio ex §. 6. *Inst. h. t.* dari potest, quod *privilegia* sint *constitutiones, quibus imperans vel ob meritum aliquid indulget, vel pœnam irrogat extra ordinem, ut tamen ad exemplum non trahatur.* Ex qua definitione facile responderi potest ad quæstiones: (1) An privilegia recte leges dicantur? Resp. Sunt omnino leges, quia sunt præscripta a summo imperante. Sed objicitur, ea non obligare: privilegiatum enim juri suo renunciare & ab usu privilegii abstinere posse. Sed resp. obligant omnino, sed non tamen privilegiatos, sed reliquos cives, ne scilicet hi privilegiatos in usu privilegii sui turbent; & horum respectu recte dicuntur leges. (2) An differant privilegia & Jura singularia? Resp. Hæc sunt beneficia certo personarum ordini sexuive a lege data; sic e. g. minores gaudent eo legis beneficio, ut possint restitui in integrum; uxores, ut ratione dotis gaudeant tacita hypotheca in bonis mariti, & reliquis creditoribus in concursu præferantur, &c. Jam hæc jura singularia ibidem privilegia sæpe vocantur: sed differunt tamen proprie privilegia & jura singularia. (a) Quia hæc a lege dantur etiam non petentibus, illa a principe impetranda sunt; (b) illa in singulas personas concipiuntur, ideoque dictæ privæ leges; hæc in plures personas ejusdem ordinis, sexus, conditionis. Primus hoc discrimen observavit Cujacius, ὁ πάνυ *Obs. lib. XV. c.* 8.

§. LXI. LXII.

Ex definitione jam sponte fluit *Privilegiorum divisio.* Quum enim privilegia sint constitutiones, quibus imperans vel ob meritum &c. (§. 60.), consequens est, ut sint vel favorabilia, vel odiosa. *Favorabilia* sunt, quibus ob merita aliquid indulgetur, e. g. jus monopolium exercendi, immunitas a tributis, &c. Exemplum habemus ap. *Liv. l.* 39. *c.* 19., ubi Hispalæ Fecenniæ, ob indicium bacchanaliorum factum, datur gentis emptio, tutoris optio. *Odiosa* sunt, quibus pœna extraordinaria major, quam lege definita est, infligitur, e. g. in *L.* 2. *fin. ff. de his, qui sui vel alieni jur.* Quæstio ergo est: An licita sint privilegia odiosa? Resp. (1) Libera republica prohibita erant per XII. tabulas, quibus cautum: privilegia ne irroganto. (2) Iis non usos esse nisi tribunos pl. turbulentos, veluti P. Clodium, qui Ciceroni aqua & igni interdicens, ejusque domum consecrans privilegium irrogavit; de quo ipso queritur in orat. *pro domo, c.* 17. *& seq.* (3) Bonos principes posse hujusmodi majorem pœnam extra ordinem infligere, si vel exemplo opus sit ob sceleris frequentiam, ut in d. *L.* 2. *ff. de his qui sui &c.*, vel insignis dolus severiorem animadversionem mereatur, quale exemplum est in *L. ult. ff. si quis a patre manum. &c.* (4) Ea libertate non gaudere magistratus, quia privilegium est constitutio principis. Vide tamen exemplum apud Suet. *Galb. c.* 9.

Porro privilegia sunt vel *personæ*, vel *caussæ.* Illa sunt, quæ personæ dantur, & hinc etiam cum persona exspirant, e. g. privilegium fori: hæc, quæ ipsi caussæ, & hinc etiam heredibus prosunt, e. g. privilegium feudis datum, ut caussæ feudales nonnisi coram patribus curiæ tractentur.

§. LXIII.

Inde ergo fluunt quædam *axiomata de privilegiis* observanda, quorum (1) primum est: privilegia solus imperans concedit; ergo non magistratus, quippe legibus ipse obstrictus. Ratio est in

§. 60.

§. 60. quia privilegia ostendimus esse leges, legislatoria autem potestas pene solum summum imperantem est. (2) Secundum: Privilegia concedendi jus non est penes magistratum. Hoc ex priore fluit. (3) Tertium: Imperantis est statuere quem modum esse velit beneficii sui *L.* 191. *ff. de R. J.* Hoc axioma observandum contra eos, qui abusi *L.* 3. *ff. de Const. Princ.*, putant interpretationem extensivam locum habere in privilegiis, quum tamen illa *L.* 3. proprie de juribus singularibus loquatur, de quibus §. 60. diximus.

§. LXIV. LXV. LXVI.

Quinta juris scripti species sunt *Magistratuum edicta*. Nimirum observandum, (1) magistratus Romæ non fuisse meros judices, sed & jus illis fuisse edicta proponendi, quibus indicabant, quo ordine quoque modo velint jus in magistratu suo dicere. Talia edicta sub anni sui auspicium proponebant *in urbe prætore* de jure dicendo, *ædiles* de rebus ad jurisdictionem suam pertinentibus, e. g. de rebus promercalibus & venalibus, de viis publicis, &c. *In provinciis* autem *proconsules* & *proprætores*, quibus eadem erat in provincia sua potestas quæ omnium magistratuum in urbe. *ff.* 7. *S.* 2 *ff. de Offic. Procons.* (1) Magistratus quamvis non fuerint legislatores, tamen sensim jus vetus mutasse adjuvando, supplendo, corrigendo. *L.* 7. §. 1. *ff. de J. & J.* Id vero fiebat (a) nova vocabula inveniendo, e. g. bonorum possessionem, pro hereditate; (b) novas actiones introducendo, e. g. constitutæ pecuniæ; (c) exceptiones dando, ubi lex negabat actionem, e. g. exceptionem pacti; (d) restituendo in integrum minores, absentes, deceptos; (e) fictiones introducendo. (3) Hæc edicta paullatim usu fori obtinuisse auctoritatem, quam in rem elegans Cic. locus ex *lib. II. de Invent. c.* 22. evolvendus. (4) Initio singulis annis nova proposita edicta, quin uno anno sæpe edicta mutata fuisse; postea lege Cornelia A. V. C. 586. cautum esse, ut prætores ex suis perpetuis edictis jus dicerent. *Dio. L.* 36. *c.* 12.

*c.* 12., Dodwell. *Prælect. Camid. in append.* Demum sub Hadriano condita sunt edicta perpetua, Prætorium a Salvio Juliano JCto. Quis provinciale & ædilitium compilaverit, incertum. Cæterum hæc sunt illa edicta, quæ tam sæpe citantur in Pandectis.

§. LXVII. LXVIII.

Sexta & ultima species juris scripti sunt *Responsa Prudentum*, quæ definiuntur quod sint sententiæ eorum, quibus permissum erat de jure respondere. §. 8. *Inst. h. t.* Nimirum JCti olim promiscue poterant de jure respondere, postea imperatores nonnisi certis personis per modum privilegii dabant, & ita quidem, ut ab eorum responsis judices discedere non possent. d. §. 8. *&* *L.* 2. §. 47. *de O. J.* Hi ergo JCti (1) interpretabantur jus, & per ratiocinationem multas conclusiones ex legibus eruebant, quæ in legum verbis non erant expressæ. Exemplum habemus in §. *unic. Inst. de legit. patr. tut.* (2) Item in casibus controversis sæpe inter se disputabant, tum in foro, tum, ut Scholiastes Juvenal, *ad sat.* 1. *v.* 128. refert, in templo Apollinis. Exemplum est in *L.* 19. *ff. de lib. & post.* (3) Item sæpe consulta judicibus sententiam aperiebant, ut paullo ante §. 8. *Inst. h. t.* monuimus. (4) Item & formulas actionum præscribebant litigantibus. Cic. *pro Muræn. c.* 11. 12., unde natæ actiones legis & actus legitimi, de quibus §. 69. 70. Omnia ergo hæc interpretamenta JCtorum sensim usu foro recepta & vim juris consecuta sunt, imo & juri scripto accenseri cœperunt, postquam Justinianus ea Pandectis inserta publicavit. Vid. supra §. 45. *.

§. LXIX.

Diximus multa invecta esse a JCtis, eaque vocari *Jus civile*, *L.* 2. §. 6. *de O. J.* In his etiam sunt *Actiones legis* & *Actus legitimi*; quorum cum sæpe mentio fiat in jure nostro, de iis dicemus paullo adcuratius.

*Legis actiones* bifariam accipiuntur, vel (1) pro actionibus earumque formulis, e. g. actione rei vin-

vindicatoria, hereditatis petitione, &c., vel (2) pro actibus voluntariæ jurisdictionis coram magistratu sollemniter expediendis. Nimirum jurisdictio est vel voluntaria, vel contentiosa. Voluntaria, quæ explicatur sine contradictione adversarii, e. g. manumissio, adoptio, ubi nullus est actor vel reus: contentiosa, quæ exigit caussæ cognitionem, auctorem & reum; ut, si quis agit ex contractu, vel delicto. Illi actus voluntariæ jurisdictionis expediri poterant coram quocumque judice, modo apud eum esset legis actio: hi nonnisi coram judice competente, quia utique jurisd. voluntariæ actus sollemniter erant explicandi, hinc vocabantur *actiones legis.*

§. LXX.

*Actus legitimi* sunt negotia sollemniter, sed non coram magistratu, explicanda, e. g. hereditatis aditio, mancipatio &c. Horum sequentia sunt requisita. (1) Ut fiant sollemniter, (2) ut non admittant procuratorem, (3) ut pure, non in diem vel sub conditione fieri possint *L.* 71. *ff. de Reg. J.* e. g. (1) hereditas sollemniter adibatur recitatis verbis aditionis; (2) adibatur ab ipso herede, non per procuratorem; adibatur (3) pure, non sub conditione, si solvendo sit, &c.

§. LXXI.

Sequitur jus non scriptum, vel *Consuetudo.* Definitio ejus habetur in ipso §. Ad quam intelligendam observandum, juris unicam in rep. caussam esse, nempe voluntatem summi imperantis, sive is princeps sit, sive optimatum consilium, sive populus. Si itaque hinc imperans expresse aliquid pro lege statuit, id vocatur jus scriptum. Sin tacite concedit, ut aliquid in rep. pro consuetudine observetur, id vocatur *jus non scriptum.* Ex quo sequitur, definitionem in *L.* 31. *ff. de legib.* veram quidem esse in statu *democratico* vel *populari*, non in *monarchico*, ubi consuetudo auctoritatem a sola tacita legislatoris voluntare sortitur.

§. LXXII.

§. LXXII.

Hinc facile jam intelligimus quatuor doctrinas de consuetudine, quæ hoc §. occurrunt. Nam (1) consuetudo est probanda; lex non est probanda. Hæc enim jam omnibus per promulgationem innotuit: illa tacite inolevit; quod, cum facti sit, probandum est (α) ex diuturnitate temporis, (β) ex actuum uniformium frequentia. (2) Consuetudinis eadem vis est ac legis; est enim ab eodem legislatore, & perinde est, sive tacite quid velit, sive expresse. (3) Consuetudo legem anteriorem abrogat: quia enim est instar legis, & lex posterior antiquat priorem, hinc & consuetudo legem priorem abrogat, vel eidem derogat. *L. ult. ff. de Const. Princ.* (4) Consuetudo rectæ rationi repugnans nullius momenti est: quia princeps hoc nec tacite vult, nec expresse. E. g. inter opifices in Germania hujusmodi consuetudines inoleverunt, ut tirones, exactis tirocinii annis, baptizentur. Principes id ferre nolunt. Quæritur, an consuetudinis hujus aliqua sit auctoritas? Resp. Nulla, (a) quia rectæ rationi & bonis moribus adversatur, (b) quia princeps legem abrogare potest, multo magis abrogare poterit consuetudinem absurdam, impiam & rationi adversam.

§. LXXIII.

Quæritur adhuc, cum apud Romanos tot fuerint juris scripti species, veluti Leges, SCta, Plebiscita, Constitutiones principum, an & hodie tot species obtineant? Negamus. Nam (1) Juris scripti species natæ sunt ex frequenti reipublicæ mutatione. (2) Apud nos nec plebs fert leges, nec Senatus per modum SCti aliquid statuit, nec JCtorum interpretationes auctoritatem legalem habent. Quid ergo apud nos lex? Est præceptum commune &c. Dicitur (1) *præceptum*, quia lex obligat. Ergo lex permissiva proprie non est lex, quia non obligat. (2) *Commune*, ut distinguatur a *privilegio*, quod non ad omnes spectat, sed ad solos privilegiatos; nec non a *jussu* vel *mandato* summi imperantis, quod solum mandatarium strin-

stringit. (3) *Summi imperantis*; cujus solius est leges ferre, sive is sit imperans monarcha, sive optimates, sive populus. (4) *Obligant omnes subditos*, *L. 7. ff. de LL.* (5) *Ut ad ejus normam actiones suas componant*; quod intelligendum de actionibus humanis, quæ ex intellectu & voluntate proficiscuntur, non de naturalibus, quibus nullæ feruntur leges.

§. LXXIV.

Reliqua est quæstio: Quot sint *juris objecta*? Resp. Tria, *personas*, *res*, & *actiones*. Primo enim sciendum, quomodo personæ ratione jurium differant, veluti domini, servi, patres, liberi, tutores, pupilli. Deinde, qualia sint jura rerum, ac postremo, quibus actionibus quisque jus suum persequi possit.

## TIT. III.

## DE JURE PERSONARUM.

§. LXXV.

*Homo* & *persona* grammatice sunt synonyma, at juridice differunt. Omnis quidem persona homo est, sed non omnis homo est persona. *Homo* est quicumque habet mentem ratione præditam in corpore humano: & *persona* est homo cum statu suo consideratus. Qui itaque statum non habet, is nec est persona. Sequuntur ea in re JCti comicos. Quemadmodum enim his non omnis homo, in comœdia qui operam præstat, dicitur persona, sed is, qui repræsentat alium hominem, e. g. regem, servum, senem, &c., ita & JCtis is demum est persona, qui repræsentat vel patrem familias, vel civem, vel liberum hominem, i. e. ut paucis dicamus, is, qui habet statum.

§. LXXVI.

Quæritur itaque, quid sit *Status*? Resp. Esse qualitatem, cujus ratione homines diverso jure utuntur, e. g. quia alio jure utitur liber homo, alio

alio servus, alio civis, alio peregrinus, hinc libertas, & civitas dicuntur status. Vocatur alias status in jure nostro etiam *caput*, & hinc dicitur servus *nullum caput habere*. §. 4. *Inst. de cap. demin.*, & qui statum civitatis vel libertatis vel familiæ amittit, is dicitur *capite minui. pr Inst. de cap. demin.*

Status JCtis duplex est, *naturalis & civilis*. *Naturalis* est, qui ab ipsa natura proficiscitur, e. g. quod alii sint masculi, alii feminæ, alii nati, alii nascituri vel ventres. *Civilis* est, qui ex jure civili descendit, uti differentia inter liberos & servos, cives & peregrinos, patres & filios familias. Hinc *status civilis* triplex est: *libertatis*, secundum quam alii sunt liberi, alii sunt servi; *civitatis*, secundum quam alii cives, alii peregrini, & denique *familiæ*, secundum quam alii patresfamilias, alii filii familias. Jam ergo facile intelligitur axioma: quicumque nullo horum trium statuum gaudet, is non est persona secundum jus Romanum, sed res, quamvis homo sit.

§. LXXVII.

Exemplum habemus in servo. Is homo est, sed non persona. Homo est, quia habet animam rationalem in corpore humano. Est persona, quoad statum naturalem, quia & ipse vel masculus vel femina est, sed non est persona, quoad statum civilem, nam nec liber est, nec civis, nec pater filiusve familias. Hinc in jure nostro dicitur *caput nullum habere*, §. 4. *Inst. de cap. dom.* dicitur, *pro nullo & mortuo habendus*, *L.* 32. & 200 *ff. de reg. jur.*, quia non est persona. Et hinc servus poterat a domino occidi, in servum non cadebat injuria: servus poterat vendi, donari, legari; servus nec uxorem ducebat, nec contrahebat, nec testamentum condebat, nec quidquam proprii habebat, quia non erat persona.

§. LXXVIII.

Jam itaque ad primam personarum divisionem progredimur. Personæ (non civiliter, sed naturaliter acceptæ) vel sunt homines liberi, vel servi.

Li-

*Liberi* sunt, qui non sunt in justa servitute. Nam si quis injuste servit, e. g. a prædone captus, is quidem in servitute est, sed non est servus, verum liber homo. *Servi* sunt, qui alteri ex justa caussa serviunt. Dico ex justa caussa, quas caussas recensebimus §. 81. Liberi homines denuo sunt vel *ingenui*, vel *libertini*. *Ingenui* sunt, qui numquam in justa servitute, sed statim a nativitate liberi fuerunt, *pr. Inst. de Ingen. Libertini*, qui ex justa servitute manumissi, *pr. Inst. de libertin.* Utrique sunt liberi homines, sed nobilior & præstantior est nobilitas ingenuorum quam libertinorum.

§. LXXIX.

Quum itaque liberi a libertate, servi a servitute dicantur, hinc porro sciendum, quid libertas & servitus? *Libertas* dicitur naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi quid vi aut jure prohibeatur. §. 1. *Inst. h. t.* Hanc definitionem explicabimus. Dicitur (1) libertas *facultas naturalis*, quia natura omnes homines sunt liberi, *L.* 4. *ff. de J. & J. L.* 32. *ff. de Reg. J.* Differentiam ergo inter liberos & servos non natura, sed LL. civiles introduxere. (2) *Quod cuique facere libet.* In eo enim consistit libertas, quod actiones nostras nullius arbitrio vel suscipere vel omittere tenemur, sed pro lubitu nostro agere & non agere, hoc vel alio modo agere possimus. (3) *Nisi quid vi aut jure prohibeatur.* Objicere enim quis posset nec hominem liberum ea gaudere facultate faciendi, quod libeat. Sed respondetur: tunc eum non statu servitutis prohiberi, sed aut vi, veluti si quis a latronibus vinctus; aut jure, veluti si leges aliquid fieri non patiuntur. *Servitus* contra est constitutio juris gentium, qua homo dominio alieno contra naturam subjicitur §. 2. *Inst. h. t.* Hæc etiam definitio ut explicetur, dicitur servitus (1) *constitutio juris gentium*, quia natura, ut diximus, omnes liberi, & gentes demum servitutem introduxerunt. *L.* 4. *ff. de J. & J.* (2) *qua homo dominio*

*minio alieno subjicitur.* In eo enim consistit servitus, ut homo sit in dominio tamquam res, & hinc vendi, legari, donari, occidi possit, (5) *contra naturam.* Nam, ut diximus, natura omnes homines liberos procreavit; quod observandum contra Aristotelem, qui aliquos homines natura servos esse statuit, nempe stupidos, inertes, & alios, qui se gubernare nequeant. Sed id falsum, quia natura omnes homines sunt liberi. Nec sequitur eum, qui stupidior me est, mihi servire teneri.

§. LXXX.

Hactenus servitutem libertatemque definivimus. Jam quæritur, cui servitus dicatur contra naturam esse? Resp. non id intelligendum esse de jure naturæ, quasi servitus juri naturæ & rectæ rationi repugnet. Id enim falsum esse (1) inde patet, quod non repugnat societati humanæ, eaque & cum servitute certarum personarum potest consistere; (2) quod si rationi & juri naturæ repugnaret, eam probare non posset Scriptura sacra, quippe quæ rationi non repugnat. Ast S. S. adprobat servitutem, 1. *Cor. VII.*, 20. *seqq.* Sed ideo servitus dicitur contra naturam esse, quia ex personis fiunt res. Servus enim, ut diximus, e classe personarum redigitur in classem rerum, & non multo melioris fit conditionis, quam bos aut aliud jumentum, *L.* 2. *L.* 27. §. 5. *ff. ad L. Aquil.* & *L.* 38. §. 1. 2. *ff. de edict.* Conf. *Em.* Merill. *L.* 1. obs. c. 35.

§. LXXXI.

Hactenus vidimus quid sit libertas & servitus, jam porro quæritur: Quomodo quis servus fiat? Resp. Servi aut nascuntur, aut fiunt. *Nascuntur* ex ancillis nostris. Si itaque serva vel ancilla ex quocumque pariat filium filiamve, & hi sunt servilis conditionis. Quia enim servi sunt res, uti diximus §. 77. sequitur, ut & partus serviles ejusdem sint conditionis. Nam quemadmodum fœtus vaccæ, quæ est in dominio, & ipse in dominio est, ita & fœtus ancillæ, quæ servit, & ipse servire di-

dicitur. Hujusmodi servus natus nobis dicitur *Verna*. Et eo jure jam usi sunt veteres tempore Abrahami, uti patet ex *Gen. XIV.* 14., ubi Abrahamus armavit vernas suos. Quum autem sæpe contingere possit, ut verna nascatur ex Titii servo & Mævii ancilla, quæritur. Titii ne, an Mævii sit verna? & Resp. Mævii. Regula enim hæc generalis est in jure nostro: *partus sequitur ventrem.* §. 19. *Inst. de rer. divis.* Quemadmodum ergo vitulus ex Titii bove & Mævii vacca procreatus, est Mævii: ita & verna ex Titii servo & Mævii ancilla natus. Aliud dicendum, si quæstio est de conditione filii. Nam tunc in matrimonio justo filius sequitur conditionem patris, extra matrimonium conditionem matris. E. g. Si pater est nobilis, mater plebeia, & justum inter eas personas est matrimonium, liberi sunt nobiles. Sin nobilis rem habuit cum plebeia extra matrimonium, liberi spurii sunt plebeii. Inter principes id singulare est, quod ex principe marito & uxore plebeia vel nobili non nascatur princeps, nisi mater ad dignitatem principalem evecta sit ab imperatore. Cujus rei nuper exemplum vidimus in duce Wurtembergico-Mompelgardensi, qui ex nobili justa uxore sustulerat filium, quem vocabat non ducem Wurtembergicum, sed comitem de Sponech. Mortuo patre hic non succedere poterat in principatu, sed tota provincia devolvebatur ad agnatum proximum, ducem Wurtemberg regentem.

§. LXXXII.

Ita servi nascuntur. *Iidem fiunt* aliquando, quamvis liberi sint nati; id quod fit vel jure gentium, vel jure civili. *Jure Gentium* per captivitatem; omnes enim ab hoste capti servi fiebant, cujuscumque essent conditionis. Exemplum habemus Attilii Reguli, Cons. Romani, qui bello Punico I. captus a Carthaginensibus in tristissimam redigebatur servitutem, & demum misere cruciatus peribat. Flor. *Hist. Rom. l. II. c. II.* §. 23. Nimirum ita ratiocinabantur veteres: Hostes possumus occidere; possumus ergo redigere in servitutem

imo

imo id pro beneficio erit, quum eos ipsos servemus, quos potuissemus interficere; unde & *servos* vocabant quasi *servatos*, *mancipia* quasi *manucapta* §. 3. *Inst. h. t.* Hodie bello captivi non fiunt servi, sed tantum custodiuntur, donec redimantur, vel permutentur. Soli Russi ex populis Christianis captivos etiamnum in servitutem redigebant, quo tamen jure non amplius indistincte utuntur. Romani autem neminem captivum redimebant, quamvis tristissimæ servituti mancipatum, ut esset insitum militibus Romanis, *aut vincere, aut mori.* Cic. *de off. III. cap. ult.*

§. LXXXIII.

Fiunt etiam servi *Jure Civili* in pœnam, & quidem duobus potissimum casibus. (1) Si major XX. annis pretii participandi caussa se venum dari passus fuerat. Nimirum jure Romano liber homo vendi non poterat. Si venditus esset, statim proclamabat ad libertatem. Quum vero aliquando adolescentes pecuniæ cupidi se venum dari paterentur, tantum ut pecunia emungerent emtores, & participes fierent pretii pro se soluti: SCto cautum est, ut hi adolescentes, si XX. annis majores essent, servi manerent. Exemplum hujusmodi fraudis est apud Plaut. *in Pers. act. II. scen. III. v. 55. act. III. sc. I. & act. IV. sc. III. v. 9.* (2) Si libertus ingratus revocaretur in servitutem. Ast ingratitudo duplex est, alia *simplex*, alia *prægnans*. *Simplex* dicitur si quis ei, qui sibi beneficia præstitit, beneficia non præstat: *prægnans*, si quis benefactori præterea ægre facit, & quovis modo eum vexat. Liberti itaque revocabantur in servitutem, non ob quamcunque ingratitudinem simplicem, sed ob prægnantem. *L. un. C. de ingrat. lib.*

§. LXXXIV. LXXXV.

**Hæc de modis, quibus servi fiebant. Jam quæritur, an inter servos quædam fuerit differentia? Resp. Distinguendum esse inter statum & officia. *Ratione status* nullum erat inter servos discrimen:**

omnes

omnes enim erant res, non personæ; omnes destituebantur juribus communibus libertatis, civitatis, testamenti factionis; omnes vendi, alienari, imo & occidi poterant, jure antiquo. Ast *ratione officii* omnino magna erat inter servos differentia. Alii erant scribæ, anagnostæ, procuratores, institutores: alii mediastini, qui in mediis ædibus stabant, ad cujusvis nutum parati: alii vincti catenis serviebant. Deinde paullo melior erat conditio *statu liberorum*; ita enim dicebantur, qui vel sub conditione, vel in certum diem libertatem erant consecuti. Quamdiu itaque conditio vel dies non extitissent, manebant quidem in statu servili, sed tamen paullo benignius habebantur, quia sperabant libertatem.

## §. LXXXVI.

Hactenus Jus romanum de servis explicavimus: jam quæstio est de usu hodierno. Ubi quæritur: (1) An & hodienum servi sint? Negant id multi, quia homines proprii, quales sunt in Westphalia, imo & in vicina Geldria non sunt similes servis Romanorum. Sed sic etiam negari posset nos habere uxores & liberos, quia uxorum nostrarum & liberorum non eadem sunt jura ac Romanorum. Omnino ergo etiamnum supersunt servi in Germania, in primis apud Vestphalos, in Geldria & aliis locis: sed non sunt ejusdem juris ac servi Romanorum. Hinc si quis quærat: (2) Quo jure utantur hodie domini in servos vel homines proprios? Resp. (a) Servi non sunt res, uti apud Romanos, sed personæ. Hinc non possunt occidi, nec vendi, donari, legari, nisi cum prædio. Hinc etiam uxores ducunt, modo domino solvant certam pecuniam, quæ dicitur *maritagium*. Hinc testamenta faciunt, hinc contrahunt. Et hactenus nulla inter servos & liberos homines est differentia. Ast in eo differunt servi a liberis hominibus, quod (b) illi sint glebæ adscripti, i. e. ad fundum vel prædium pertineant; unde vocantur

*Boedemuth*
*Stechzettel lösen*

Leibeigne, Eigenbehörige, Hofbehörige. Hinc cum fundo alienantur, venduntur, legantur, & si fugam capessant, possunt ubique terrarum vindicari & ex fuga retrahi. (*c*) Quod dominis debeant operas. Hinc agros colere tenentur domini, hinc frumenta colligere, hinc operas manuarias præstare debent, & agere quidquid injungit dominus. (d) Quod domino debeant hereditatis partem, nempe optimum caput, *das* Hooft-deel, e. g. optimum equum, optimum bovem &c., nec non *das Hud-deel*, optimam vestem, e. g. optimam stragulam. (e) Quod censum præstant annuum, e. g. certum numerum ovorum, gallinarum, caseorum, imo aliquot denarios, imo alicubi, ut in Holsatia, non plus retinent rustici quam victum, amictum & sementem, reliqua dominus sibi vindicat: quotum sæpe maximæ divitiæ in multitudine hominum propriorum vel servorum consistunt.

*der Hauptfall.* *der Gewand. fall.* *Zehend, Schutzgeld.*

§. LXXXVII.

Quæritur porro, an iisdem modis servi hodie fiant ac olim? Resp. Servi hodie quoque vel nascuntur, vel fiunt. *Nascuntur* iis locis, ubi hæc servitus recepta, ex ancillis nostris, æque apud Romanos. *Fiunt* non jure gentium per captivitatem, quia, ut dixi, capti hostes apud nos non rediguntur in servitutem; sed *jure civili* variis modis, quos jus Romanum ignorat. Nimirum (1) per nuptias, ut si quis liber homo ducit uxorem ancillam alienam, tunc & ipse servus fit. (2) Per venditionem vel addictionem voluntariam, si quis pro pretio certo se ultro domino addicit. (3) Per habitationem, si quis iis locis constituit domicilium, ubi valet adagium: *aer facit servos*. Hinc Elector Palatinus eo jure utitur, ut advenas & peregrinos, qui sine

*Tritst du meine Henne, wirst du mein Hahn* *die Luft macht eigen.*

sine certo domicilio per provincias suas & vicinias oberrant, possit in servitutem redigere. Id jus vocatur jus *Wildfangiatus*. Sed cum bellum ex eo nasceretur, sæculo superiore id per tractatus pacis Heilbrunnensis admodum restrictum est.

Quum hactenus de servis actum sit, jam sequuntur liberi. Hi cum vel ingenui sint, vel libertini, (vide supra §. 78.) jam de ingenuis agendum Tit. 4. & de libertinis Tit. 5.

## *TIT. IV.*

## DE INGENUIS.

### §. LXXXVIII.

Quæstio in hoc titulo potissimum duplex tractatur: (1) quid sit ingenuitas? §. 88. 89. (2) qui sint ingenui? §. 90. 91. 92. Quod ad *priorem* quæstionem attinet, videbimus (a) de etymologia, §. 88. (b) de ipsa definitione, §. 89 Etymologia hæc est: *Ingenui* dicuntur a *gignendo*, adeoque ingenui ideo hoc vocabulo appellantur, quia ipsis est ingenita libertas, vel quod perinde est, quia statim a momento, quo geniti native sunt, liberi fuerunt. Eo enim ipso a libertinis differunt, qui & ipsi quidem liberi sunt, sed non a nativitate, verum a tempore manumissionis.

### §. LXXXIX.

Hinc facile intelligitur definitio. *Ingenuus* est qui statim, ut natus est, liber est. Nam ut aliquis sit ingenuus; tria requiruntur: (1) ut liber sit; servus enim non est ingenuus: (2) ut liber sit a nativitate; hinc si quis ab ancilla natus ipso momento partus fuisset manumissus, tamen non fuisset ingenuus, sed libertinus: (3) ut nunquam in justa servitute fuerit. Nam si vel momento in hoc statu fuisset, non fuisset ingenuus,

sed libertinus, si vel maxime recuperasset libertatem.

§. XC.

Jam sequitur altera pars tituli, quinam sint ingenui? ubi primo præmittimus axioma vel regulam universalem, ex qua judicari possit ingenuitas, §. 90. Deinde ex hac regula varias derivamus conclusiones, §. 90. 92. Regula vel axioma ita se habet: *Ingenuus est natus a matre, quæ vel tempore conceptionis vel partus vel intermedio saltem per momentum libera fuit.* Quia enim conditio miserrima erat servilis, hinc semper jura magis favent libertati quam servituti, & hinc, si vel uno momento a tempore conceptionis ad tempus editi partus libera fuerat mater, infantem non servum, sed ingenuum esse judicabant.

§. XCI.

Jam videbimus conclusiones inde fluentes. Ex hoc ergo axiomate sequitur: (1) ut ingenuus sit, qui natus est ex parentibus libertinis, quia numquam fuit in servitute. Sic e. g. Horatius poeta de se ipso scribit, se esse libertino patre natum, & tamen fuit ingenuus, quia non ipse, sed parentes ejus serviverant. (2) Ut non officiat ingenuitati manumissio. Hinc si quis liber homo injuste detrusus in servitutem postea libertatem recuperasset, non erat libertinus, sed ingenuus, qui in servitute quidem fuerat, sed non servus. (3) Ut & liberi a patre venundati & obaerati post manumissionem ingenui essent. Debitores enim, qui non erant solvendo, creditoribus suis addicebantur, ut iis servirent. Sed quia tamen non erant servi, sed operas tantum præstabant, quemadmodum famuli nostri mercenarii, hinc adepti libertatem non fiebant libertini sed ingenui. (4) Ut natus ex libera & servo sit ingenuus. Quia enim inter liberam & servum non erat justum matrimonium, hinc partus sequi debebat ventrem, uti jam diximus supra ad §. 81. (5) Ut ingenuus quoque sit spurius ex ingenua matre natus, quamvis

vis pater incertus sit, ob eamdem rationem, quia extra matrimonium partus ventrem sequitur.

### §. XCII.

Addimus conclusiones duas, nimirum (1) quod & is qui altero deferente juravit se ingenuum esse, & (2) quem judex ingenuum esse sententia lata pronuntiavit, omnino habeatur ingenuus. Ratio est, quia jusjurandum & res judicata pro veritate habentur, quamvis postea aliud appareat. E. g. Si Titius mihi debet 100., & ego illi neganti fero jusjurandum, & is illud præstat, nihil debet, etsi vel maxime postea reperio chirographum, ex quo liquet eum falso jurasse. Perjurii quidem reus est & tamquam perjurus punitur, sed non adigitur ad solvendum. Ita etiam si quis mihi debeat 100., & ego instituam actionem, sed probare tamen debitum nequeam, adeoque judex eum absolvat, nihil postea exigere possum, si vel maxime reperiam chirographum. Unde practici formant regulam: *res judicata facit ex albo nigrum, ex nigro album, ex curvo rectum, ex recto curvum.* Hinc est, si quis ingenuum se esse juravit, altero deferente jusjurandum, vel si judex sententiam tulit aliquem esse ingenuum, manet ingenuus, licet postea appareat eum falso jurasse, vel judicem male judicasse.

## *TIT. V.*

## DE LIBERTINIS.

### §. XCIII.

Diximus supra homines liberos, qui servis opponuntur, vel ingenuos esse, vel libertinos. Quum itaque de ingenuis actum sit, jam quoque dicendum de libertinis. De his quaeritur; (1) quid sint? §. 93. (2) quibus modis fuerint manumissi? §. 94.—104. (3) quotuplices fuerint libertini? §. 105.—110. (4) quo jure in libertinos patroni usi sint? §. 111.—112. (5) an hujus tituli hodie aliquis usus sit? §. 113.

(I.) ergo quaeritur, quid sint libertini? Resp. Qui ex justa servitute manumissi sunt. *Princ. Inst. h. t.* Dicimus autem ex justa servitute. Nam paullo ante (§. 91.) jam monuimus, eum qui ex injusta servitute manumissus fuerit, non libertinum esse, sed ingenuum. Hinc e. g. Tiro a Cicerone manumissus erat libertinus, quia fuerat in justa Ciceronis servitute: ast Joseph a Pharaone manumissus erat ingenuus, quia non fuerat in justa servitute, a fratribus injuria venditus.

Obiter notandum, in jure nostro non confundenda esse vocabula *libertus & libertinus. Libertus* enim quis dicebatur ratione patroni, quo manumissus: *libertinus* ratione status, in quem per manumissionem pervenit. Hinc absolute dicere possum, *Tiro fuit libertinus:* si vero patronum addo, dicendum est, *Tiro fuit libertus Ciceronis*. non libertinus Ciceronis.

### §. XCIV.

(II.) Quaeritur deinde, quibus modis facta sit manumissio? ubi (a) definimus manumissionem, §. 94. (b) describimus modos sollemnes, §. 95. (c) modos minus sollemnes, §. 96. (d) de singulis seorsim agimus, §. 89.—104.

(a) *Ma-*

(a) *Manumissio* est de manu datio. Manus autem in jure significat potestatem. Hinc e. g. Romulus dicitur *omnia manu gubernasse*, i. e. potestate & arbitrio, *L.* 2. §. *ff. de O. J.*, hinc liberi dicuntur *esse in manu parentum*, i. e. in potestate, & si dimittuntur e potestate, dicuntur *emancipati*, qs. e manu dimissi. Posse autem servos manumitti, facile probatur. Servus est res, (§. 77.) ergo est in dominio. Quod in dominio est, id possum derelinquere, & dominio meo renunciare. Et dominio in servum renunciare possum. Si possum dominio renunciare, possum & manumittere. Et servum possum manumittere.

§. XCV.

Jam, quot modis facta sit manumissio, videndum. Eos dividimus in *sollemnes & minus sollemnes.* (b) Sollemnes olim erant tres: (α) *per censum*, si servi domino volente in tabulas censuales referrentur. (β) *per testamentum*, si dominus moribundus servo legaret libertatem. (γ) *per vindictam*, si servus manumitteretur coram prætore, vel alio magistratu. Hi modi in usu erant tempore liberæ reipublicæ. Sub principibus adhuc aliquamdiu census agebatur Romæ & in provinciis, qualis etiam erat ille census tempore nati Christi actus sub Augusto, *Luc. VII.* 1. At postea non amplius actus est a temporibus Vespasiani. Itaque Constant. M. in locum manumissionis illius aliam instituit, quæ fiebat in sacrosanctis ecclesiis, *L. I. C. de his, qui in SS. Eccl.* Ergo jure novo tres sunt modi sollemnes. (α) manumissio in SS. eccles.; (β) per testamentum, (γ) per vindictam.

§. XCVI.

Sollemnes quasdam cæremonias requirebant. Si vere sine ritu & cæremoniis manumitterentur servi, & domini voluntatem suam sine sollemnitate declararent, manumissio dicebatur (c) *minus sollemnis.* Sic manumitti poterant (α) per epistolas; (β) inter amicos; (γ) per convivium; (δ) per nominationem filii. Imo quævis sufficiebat conjectura. Elegans est exemplum apud Suet. *de claris*

*reth. c.* 1. Quum enim nautæ servos venales adveherent, & puero bullam argenteam adpendissent, ut publicani eum haberent pro ingenuo, liber declaratus est puer, quod signum ingenuitatis dominis volentibus gessisset.

§. XCVII.

Jam (d) de singulis his modis seorsim agendum. Primus sollemnis erat *census*. Per censum vero intelligitur ritus Romanorum, quo singulis quinquennlis per censores describebantur omnes cives, eorum liberi, pecuniæ & facultates, & denique singulorum hominum ætas, sexus, dignitas &c. Auctor hujus census erat Servius Tullius rex Romanorum, qui ideo eum invenerat, ut semper scirent imperantes quot milites possent conscribere, quantumque pecuniæ in urbe esset & sine detrimento colligi queat. Prolixe de hoc censu agit Liv. *lib. I.* & Flor. *lib. I. c.* 6. Quia itaque nonnisi liberi homines & cives in tabulas censuales referendi erant, hinc servi statim erant liberi, si volente & jubente domino nomina professi essent apud censores, & hi ea inscripsissent tabulis censualibus.

§. XCVIII.

In hujus locum manumissionis successit manumissio in SS. ecclesiis a Constant. M. invecta *L.* 1. *C. De his qui in SS. Eccl.* Quum enim & Gentiles olim aliquando manumitterent in templis deorum, (Jac. Gothofr. *ad L. un. C. Theodos. de SS. Eccl.*) imitandum id censuit Constantinus imperator Christianus, & inde nata est manumissio in SS. ecclesiis. Ea ita peragebatur, ut (1) dominus servum in ecclesiam induceret, & adstante clero liberum esse juberet. (2) Ut eo de actu scriberetur instrumentum, eique subscriberet dominus. (3) Ut aperirentur portæ ecclesiæ, & servo permitteretur, ut ire posset, quo vellet. Et quum medio ævo portæ apertæ dicerentur portæ passæ, hinc factum ut instrumentum diceretur, seu vocaretur *un passe port.*

§. XCIX.

§. XCIX.

Sequitur manumissio *per Testamentum*; cujus ratio ex principio nostro fluit. Quum enim servus esset res, poterat & dominus de servo tamquam de re sua mortis caussa disponere, adeoque vel illum cuicumque legare, vel plane manumittere. Testamento autem quis manumittebat vel directe, vel oblique. *Directe*, quoties id faceret verbis imperativis, e. g. *Stichus liber esto: Oblique*, quoties id faceret verbis precativis, e. g. *Rogo heredem ut Stichum manumittat.* Porro directe quis manumittebat, *aut expresse* ut verbis expressis libertatis datæ mentionem faceret, e. g. *Stichus liber esto:* aut *tacite*, cum voluntas testatoris ex signis colligeretur, quamvis libertatis in testamento haud meminisset, e g. *Stichus, servus meus, tutor liberorum meorum esto.* Hinc sane libertatis servo datæ dominus ne verbo quidem meminit, sed tamen, quia qui vult Stichum tutorem esse non potest non eumdem liberum esse velle, quum servus tutor esse nequeat: hinc manumissus creditur tacite. §. 2. *Inst. qui & ex quibus caussis manum;* §. 1. *Inst. qui testament. tutorem dare possunt.* Ceterum inter directe & oblique manumissum libertinum id intercedebat discrimen, quod ille patronum non haberet, & hinc diceretur *libertus orcinus*, quia ejus patronus in orco esset, §. 3. *Inst. de sing. reb. per fideicommiss. relict.* contra oblique manumissus patronum habebat heredem, eique debebat jura patronatus; de quibus infra §. 112.

§. C.

Manumissio *per Vindictam* nomen obtinuit a virga lictoris, quæ vindicta dicebatur a Vindicio, servo Vitelliorum, qui, cum conjurationem juvenum quorumdam de revocando Tarquinio rege prodidisset, præmii caussa a senatu manumissus est eo ritu, qui deinde semper obtinuit, *Liv. l. II. c.* 5. & *L.* 2. §. 24. *ff. de O. J.* Fiebat ea manumissio ita (1) ut servus adduceretur ad magistratum, apud quem erat legis actio, veluti

consulem, prætorem, procons. (2) Ut dominus eum in gyrum ageret, & (3) inflicto colapho diceret: ***Hunc hominem ego liberum esse volo.*** (4) Ut lictor virga, quæ vindicta dicitur, eum percuteret. His factis liber erat. Hinc

Persius *Sat. V.* 75.

*Heu steriles veri, quibus una Quirites*
*Vertigo facit.*

Sidonius *lib. II. ad Anthimium, v.* 545.

——— *Donabis quos libertate Quirites*
*Quorum gaudentes expectant verbera malæ.*

Persius *ibid. v.* 88.

*Vindicta postquam meus a prætore recessi.*

Ceterum observandum est, hunc ritum postea translatum esse ad equites nobiles. Quamdiu enim in aula serviebant, dicebantur *servi nobiles*, *Edele Knechte*, & in Anglia etiamnum *Knights*. Postesquam autem gladio percussi fuerant a principe, fiebant liberi, & vocabantur *Riddere*. Imo hodienum Equites Melitenses & S. Johannis aliorumque ordinum creantur percussione gladii.

§. CI.

***Per epistolam*** quæ fiebat manumissio, nullam olim requirebat sollemnitatem, sed dominus tantum scriptis litteris profitebatur se servum suum dimisisse liberum. Sed postea Justinianus subscribi eam epistolam jussit a quinque testibus, ***L. un. §. 1. C. de latin. libert. toll.*** Ratio procul dubio fuit, quod aliquando domini præfracte & perfide negarent epistolam hujusmodi a se scriptam esse; vel, quod servi fugitivi sibi ipsis hujusmodi epistolas scribendas curarent: quibus fraudibus non melius obviam iri posse existimabat Justinianus, quam si 5. testes interessent manumissioni, & epistolæ subscriberent.

§. CII.

***Inter amicos***, & sine epistola servus poterat manumitti, ***L. un. §. 2. C. eod.*** Id Justinianus introduxit exemplo ultimarum voluntatum. Quemadmodum enim perinde est, sive testamentum testator scribi juberet, sive verbis illud coram 7, te-

testibus nuncuparet vel proloqueretur: ita & perinde erat, sive quis servum manumitteret epistola a 5. testibus subscripta, sive sine epistola præsentibus testibus.

§. CIII.

*Per convivium* fiebat manumissio, quoties dominus servum convivio adhiberet, & eidem mensæ secum accumbere juberet. Ratio est, quia & tacite manumissionem factam esse ex signis quibusdam colligebatur (vid. supra §. 99.). Ast signum certissimum videbatur dominum liberum esse velle, quem mensæ suæ adhibuisset. Probrosum enim & turpe habebatur, servum cum domino cænare, & hinc non in lectis mensæ accumbebant cum domino servi, sed in subselliis, ut si quid vellent domini, statim adessent. Hinc servus apud Plaut. *in Sticho Act. III. Scen. 4. 21.*

——— *Potius in subselliis*

*Cynice accipiemur quam in lectis.* Et Parasitus *ibidem*, *v.* 32.

*Haud postulo equidem me in lecto accumbere,*

*Scis me imi subsellii esse virum.* Quod perinde est ac si diceret: sufficit si me cum servis tuis cænare patiare. Quum itaque servi non possent cænare cum dominis, præsumebatur dominum servos manumisisse, quos secum convivio interesse jusserat.

§. CIV.

Eadem de caussa liber esse censebatur, quem dominus *filium* in judicio appellasset, §. 12. *Inst. de adopt.* Sæpe olim Romani blanditiarum caussa alios adpellabant filios, ut & Germani faciunt, non quasi eo ipso adoptarent statim, sed ut eo cognomine amorem suum testarentur. Si itaque dominus servum suum ita adpellasset, non quidem filius illico fiebat, quia ad adoptionem plures sollemnitates requirebantur, quam sola filii adpellatio: sed tamen Romani inde colligebant, domino servum hunc esse carissimum, & hinc eundem manumissum esse judicabant.

§. CV.

Hactenus de modis manumittendi. Jam quaeritur (III.) de effectu manumissionis, & qualis fuerit libertinorum post manumissionem conditio? Hinc primo dicendum de jure antiquo §. 105, deinde de jure novo §. 106—109., tertio de jure novissimo, §. 110.

(a) Jure antiquo omnes servi manumissi vel libertini fiebant *Cives Romani*, & hinc participes erant omnium jurium, quibus cives Romani gaudebant, adeo ut & comitiis interesse poterant. Unde Cicero *pro Cornelio Balbo c.* 24. *Servos denique, quorum vis & fortunae conditio infima est, bene de rep. meritos, persaepe libertate, i. e. civitate publica donatos esse videbamus. Beneficium* hoc servi debebant Servio Tullio regi, qui & ipso libertinae conditionis fuerat, & ad regnum adspiraverat. Hinc memor pristinae fortunae servos manumissos cives esse jusserat. *Dion. Halic. l.* 4. *p.* 126. Ita se res habebat temporibus antiquis usque ad Augustum, sub quo & successores ejus Tiberio, primum libertinorum quorundam durior facta est conditio.

§. CVI.

Jure enim (b) novo non omnes libertini fiebant cives, sed quidam *dedititii*, quidam *latini* erant. De dedititiis lex lata fuerat *Aelia Sentia* A. V. C. 755. qua cautum fuerat, ut servi, qui ob delictum fuerant fustigati, torti, vel stigmate in fronte usti, vel alio infami supplicio adfecti, non fierent cives post manumissionem, sed dedititii. *Dedititii* autem dicebantur populi, qui bello a Romanis victi & sub jugum missi deditionem fecerant. Horum enim multo durior erat conditio, quam civium Romanorum, *Liv. l.* 1. *cap.* 37.

Caussam, qua permotus Augustus libertinorum quorundam statum deteriorem redderet, eleganter refert *Dionys. Halicarnass. l.* 4. *p.* 28. Olim enim nonnisi servi boni & frugi manumittebantur: postea domini coeperunt manumittere fures, latrones, veneficos, in praemium scelerum cum do-

hominis adinissorum. Et hinc civitas Romana contaminabatur hac pessima fæce hominum. Ne itaque hoc contingeret in posterum, Augustus lege Ælia Sentia sanxit, ut libertini, qui antea in servitute fuissent ob crimen supplicio adfecti, fustigati, torti, sigmate usti, non fierent cives, sed dedititii.

§. CVII.

*Latinos* libertinos invenit Tiberius, sub quo lata lex Junia Norbana A. V. C. 771., qua cautum ut omnes, qui non sollemniter fuerint manumissi, (vid. §. 96.) non fierent cives, sed *latini*, §. 3. *Inst. h. t.* Latini autem erant populi, qui Latium incolebant, quique paullo melioris conditionis erant, quam aliæ gentes dedititiæ, sen tamen multo deterioris conditionis quam cives Romani. Si qui ergo manumissi fuerant non per testamentum, nec per censum, nec per vindictam, sed minus sollemniter per epistolam, inter amicos, per convivium &c., ii non quidem erant dedititii, nec tamen fiebant cives, sed vocabantur Latini, vel latini Juniani, a Cons. Junio, sub quo lex Junia Norbana lata fuerat.

§. CVIII. CIX.

Itaque ab iis temporibus triplices erant libertini; alii fiebant cives, alii latini, alii dedititii §. 3. *Inst. h. t.* (α) *Cives* fiebant, quotquot erant manumissi per censum, vel in SS. ecclesiis, vel per testamentum, vel per vindictam. (β) *Latini* fiebant, quotquot manumittebantur minus sollemniter, per epistolam, vel inter amicos, vel in convivio, vel filii nominatione, modo non essent ob delictum pœna infami adfecti. (γ) *Dedititii*, quotquot ante manumissionem fuerant fustigati, torti, stigmate usti.

Horum status admodum erat diversus. (α) Cives gaudebant juribus communibus, veluti *connubii*, (nam poterant uxores ducere, & liberos ex iis natos habebant in potestate); *contractuum*, (nam poterant in ipsa urbe prædia, aliaque omnia emere, vendere), & *testamenti factionis*, (nam po-

poterant ipsi testari & ab aliis heredes institui, & in testamentis testes esse. (β) Latini quidem habebant jus contractuum, sed non testamenti factionis, nec connubii, nisi speciatim illud esset concessum. (γ) Dedititii nullum horum jurium habebant, nec ullam spem habebant impetrandi jus civitatis; unde hoc uno differebant a servis, quod dominum non haberent.

§. CX.

Superest (c) *jus novissimum.* Nimirum jure novissimo Justinianus (α) mores aliquos revocavit in usum, & noluit, ut omnes manumissi cives fierent, idque constituit *L. un. C. de lat. lib. toll.* & *L. un. C. de dedit. lib. toll.* (β). Libertinis omnibus jura ingenuitatis indulsit, & jussit, ut nulla amplius esset inter ingenuos & libertinos differentia. Denique & (γ) jus aureorum annulorum dedit libertinis, *Nov.* 78. *c.* 1. quo ornamento olim soli equites Romani gaudebant. Nam notum est Hannibalem post prælium Cannense integros modios aureorum annulorum Carthaginem misisse, ut ostenderet quanta equitum Romanorum multitudo in prælio isto perierit. *Liv. lib.* 23. *c. Flor.* 2. *lib. II. c.* 6. §. 18. *Valer. Max. l.* 7. *c.* 2. *n.* 13. *exempl. ext.* Soli itaque equites olim aureos gestabant annulos, eoque insigni eos donabant principes, quos admissos vellent in ordinem equestrem. *Suet. Cæs. c.* 37. & 39. *Vitell. c.* 12. *Tac. hist. l.* 1. *c.* 13. §. 1. & *lib.* 2. *c.* 57. §. 5. Nimis itaque liberalis fuit Justinianus; qui non solum discrimen illud libertinorum sustulit, sed ex libertinis fecit ingenuos, & eisdem aureos annulos concessit, qui olim proprii fuerunt equitum Romanorum.

§. CXI.

**Quum autem olim inter patronum & libertum officia quædam intercesserint, eaque nec Justinianus sustulerit, quæritur IV., in quo constiterint jura illa patronatus? Nos (a) fundamentum eorum ostendimus, §. 111., (b) ipsa illa jura recensemus.**

(a)

(a) Fundamentum omnium jurium patronatus est *ficta agnatio*. Fingebant enim Romani libertos patronis suis agnatos, &, quasi filios esse, quia ipsis quasi vitam debeant. Durante enim servitute erant res: per manumissionem fiebant personæ, adeoque id beneficium debebant patronis, ut personæ essent. Patroni itaque libertis loco patrum & proximorum agnatorum erant. Hinc liberti patronorum prænomina & nomina, tamquam filii adsumebant, e. g. servus a Cicerone manumissus antea dicebatur Tiro; post manumissionem Marcus Tullius Tiro. Alia exempla occurrunt in *L.* 94. *ff. de Legat.* 3. *L.* 88. §. 6. *de Legat.* 2. *L.* 108. *ff. de cond. & demonstr.* ex quibus legibus patet, sæpe patronos legata libertis reliquisse, ex conditione & lege ne de patroni nomine exirent.

§. CXII.

Ex hoc itaque fundamento omnia (b) fluunt jura patronatus. Quia enim libertus patrono instar filii erat, hinc (α) patrono debebat obsequium & reverentiam, adeo ut quemadmodum filius patrem non poterat in jus vocare, nisi venia a prætore impetrata, ita nec libertus patronum *L.* 9. *ff. de obseq. patr.* (β) patrono debebat operas. Operæ autem sunt vel *officiales*, vel *fabriles*. *Officiales* consistunt in eo, ut libertus patronum honoris caussa comitetur, eique adsit officii caussa in conviviis aliisque sollemnitatibus. *Fabriles* consistebant in opificio, quod libertus exercebat, e. g. ut si sartor esset, patrono vestes conficeret, si sutor, calceos; si faber, ædes ædificaret, &c. *Officiales* semper debet libertus, etsi eas non promiserit, *L.* 9. §. 1. *ff. de oper. lib.* *Fabriles* autem nonnisi promissas jurejurando. *L.* 6. *ff. eod.* (γ) Ut patronus liberto ab intestato succederet tamquam proximus agnatus, nisi ipse libertos reliquisset. *pr. Inst. de success. libert.* (δ) Ut libertus patrono portionem hereditatis ex testamento relinquere teneretur. §. 3. *Inst. eod.*

§. CXIII.

§. CXIII.

Reliquum est (V.) ut, an hæc omnia hodie usum habeant, expendamus. Hic sequentia observanda. (1) Quia passim supersunt servi, vel homines proprii; hinc & passim hujusmodi servi manumittuntur, qui deinde vocantur Friebaren, *Freybauren*, rustici liberi. (2) Ea manumissio hodie non fit per testamentum, vindictam, in SS. Ecclesiis, &c. sed per solam epistolam, nec opus est amplius quinque testium præsentia. (3) Post manumissionem parum differunt a servis vel hominibus propriis, uti & tempore Taciti, *de mor. Germ. c.* 26. Nam & operas debent dominis & censum annuum. Hoc uno melior est eorum conditio, quod non amplius sunt glebæ adscripti, nec a dominis vindicari possunt; unde & in urbes migrare & prædia derelinquere queunt, quod non possunt homines proprii. (4) Jura autem patronatus hodie plane cessant. Commendandus hic Potgiesseri libellus *de statu & conditione servorum*, quo nemo servitutem Germanicam luculentius descripsit.

## TIT. VI.

## QUI ET EX QUIBUS CAUSSIS MANUMITTERE NON POSSINT.

§. CXIV.

Sæpe diximus, servos apud Romanos pro rebus fuisse habitos. Quum itaque unusquisque res suas derelinquere & dominio suo renunciare possit, sequitur omnino, ut & quisque pro lubitu possit manumittere. Sed cum supra (§. 106.) observatum sit, dominos sæpe servos scelestissimos manumisisse, idque in reip. detrimentum vergeret; quumque aliquando vel ad defraudandos creditores, vel ob alias inhonestas caussas servi liberarentur: Augustus his manumissionibus modum imposuit, *Suet. Aug. c.* 40. Id vero factum par-

partim Lege Ælia Sentia, de qua hoc titolo VI, partim Lege Fusia Caninia, de qua Tit. VII.

§. CXV.

Quando ea lex lata sit, diximus §. 106. Hinc duo ejus observanda sunt capita. Nam (1) priore ea lex prohibebat ne servi manumitterentur in fraudem creditorum, §. 115 — 119.; (2) posteriore ne minores XX. annis manumitterent, nisi observatis certis conditionibus, §. 120. 121.

§. CXVI.

Jam de *priore* capite, ubi quæritur: (1) quem effectum habuerit manumissio in fraudem creditorum facta, §. 116. (2) quid sit, in fraudem creditorum manumittere, §. 117. (3) quænam fuerint hujus regulæ exceptiones, §. 118. 119. (I.) itaque quæritur, quem effectum habuerit manumissio in fraudem creditorum facta? Hic observanda regula: *Qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit.* Servi apud Romanos, ut & apud alias gentes, maximam constituebant partem divitiarum. Quia enim servi erant res, non minus is dives censebatur qui plures habebat servos, quam qui plures greges, agros & prædia possidebat. Qui itaque e. g. decem millia debebat, & decem habebat servos, quorum singuli vendi possent mille florenis, adhuc erat solvendo. Sed imminentibus creditoribus malitiosi debitores solebant servos suos manumittere, & tunc non amplius tantum supererat, ut creditoribus satis fieret. Quia itaque hæc fraus erat impia, hinc Augustus volebat, ut manumissiones hæ essent nullæ. Hic porro tenendum: aliud in jure esse *nullum*, aliud *rescindendum*. *Nullum* dicitur, quod sine actione judiciali non habet effectum, e. g. alienatio ab infante facta; *rescindendum* autem vocatur, quod in se quidem effectum habet, sed a judice ob certam & prægnantem caussam irritum fit, e. g. alienatio rerum minorennis, cum curatoris consensu facta. Ea in se vera est alienatio & effectum suum habet, sed tamen, si adpareat minorem læsum esse, judex poterit hanc alienationem

re-

rescindere & minorenni læso dare restitutionem in integrum. Jam omnis alienatio in fraudem creditorum facta alias non est nulla, sed rescinditur demum a judice, & hinc creditoribus competit actio singularis Paulliana; ad revocandum id, quod in fraudem suam est alienatum, §. 6. *Inst. de action.* Ast manumisio in fraudem creditorum facta non rescinditur, sed est ipso jure nulla. Quæritur itaque, cur non & hœc rescindatur potius per actionem Paullianam? Resp. id fieri, (1) quia libertas semel data rescindi & auferri nequit. Hinc potius leges declarant illam non esse datam, (2) quia actione Paulliana revocatur id, quod alienatum est a possessore: in manumissione autem nihil alienatur, nec est possessor qui servitutem, ex qua liberatus est servus, possideat. Hinc non poterat aliter creditoribus subveniri, quam introducto hoc jure, ut qui in fraudem creditorum manumittit, is nihil ageret.

§. CXVII.

Quæstio est (II.), quid sit in fraudem creditorum manumittere? Fraus alias dicitur quilibet dolus, quo alter alterum circumvenit. Sed non omnis dolus est malus, e. g. si medicus puero abhorrentia medicamenta persuadet, illud esse melle dulcius. Verum iste demum dolus dicitur malus, vel fraus, si quis dolose alterum ita circumvenit, ut inde damnum sentiat, e. g. si quis sciens alteri dolo malo det monetam æneam & tenui argento obductam pro argentea. Quia igitur hic de fraude vel dolo malo agitur, hinc duo concurrere debent: (a) Animus, consilium vel affectus defraudandi creditores, i. e. ut sciat debitor servis manumissis se non fore solvendo, & tamen manumittat. (b) Ipse affectus, ut manumissis servis creditoribus satisfieri nequeat. Si alterutrum requisitum deesset, non erat manumissio nulla. E. g. si quis Stichum servum bona fide dimittat, quia se putaret tam divitem, ut creditoribus satisfacere posset, nihil egit in fraudem creditorum, quia affectus vel consilium defrau-

fraudandi deest. Et si quis ex 30. servis tres manumiserit, hisque manumissis tam locuples manet, ut creditoribus solvere possit, denuo nihil egisse censetur in fraudem creditorum: quia effectus non sequutus est, i. e. quia creditores damnum non senserunt.

§. CXVIII. CXIX.

(III.) Hinc facile patet, quænam exceptiones hujus regulæ fuerint? Resp. Binæ. Nam (1) si quis se ditiorem putarit & servum bona fide manumiserit, ei ignoscendum est. Et huc pertinet elegans regula: *Sæpe de facultatibus suis amplius, quam in iis est, sperant homines*; §. 3. *Inst. h. t.* Quod mercatoribus contingere potest, quorum negotiatio maritima ita comparata est, ut uno vento alii pauperes, alii fiant ditiores. (2) Si quis unum servum manumisit testamento simulque heredem instituit, ei ignoscendum. Ratio hujus exceptionis hæc est. Ignominiosum videbatur Romanis, defuncti bona a creditoribus post mortem vendi ac distrahi. Vid. *Cic. orat. pro P. Quinct. c.* 15. Hinc licebat servum instituere heredem, qui tunc necessario erat heres & nihil tamen ex hereditate lucrabatur, tantum ut bona non sub nomine defuncti, sed sub nomine servi heredis instituti distraherentur, & ita parceretur famæ defuncti.

§. CXX.

Sequitur caput *posterius*, quo cautum fuisse diximus, ne minor XX. annis manumittere posset, nisi observatis quibusdam conditionibus. (1) Caussa hujus legis est fraus servorum, qui si heres adhuc esset adolescens, ei ad impuros mores aliasque voluptates adjumento erant, & deinde præmii loco sibi stipulabantur libertatem; qualia exempla sunt apud *Plautum & Terentium*. Quum autem ita ad paupertatem redigerentur domini, Augustus non passus est juvenes XX. annis minores, manumittere, nisi servatis certis conditionibus. Ast quænam (2) illæ conditiones? Resp. (a) Ut

manumissio fieret vindicta, quia sic fieri debebat coram magistratu, (vid. §. 100.) & magistratus ita caussam cognoscere poterat, an manumissio concedenda sit. b) ut fieret publice ad consilium, i. e. praesentibus praetoris vel proconsulis adsessoribus; quod alias non erat necessarium, quia & in transitu manumitti poterant servi, veluti cum praetor aut praeses in balneum vel in theatrum iret. §. 2. *Inst. de Libertin.* c) exposita caussa, i. e. adolescens caussam reddere debebat, cur hunc servum manumittere velit, & quare id beneficium meruerit. Si semel justam caussam probaverat, rata erat manumissio, etsi falsa postea deprehenderetur. Rationem reddidimus ad §. 116. quia semel data libertas auferri non poterat.

§. CXXI.

Quaeritur porro, quia dominus adolescens nonnisi ob justam caussam manumittere poterat, quaenam fuerint illae justae caussae? Resp. Justa videbatur manumissionis caussa (1) *proquinquitas*, e. g. si quis manumitteret patrem, matrem, filium, filiam, fratrem, sorores. Mira res! an etiam quis parentes, liberos, fratres poterat servos habere? Poterat id omnino contingere. Nam fingamus Stichum servum ex ancilla procreasse Syrum & Dromonem, Syrum autem itidem ex alia ancilla procreasse Davum, postea autem dominum, Syrum heredem instituisse, tunc Stichus, Syri pater, Davus, Syri filius, & Dromo, ejus frater, omnes erant servi Syri. Hos itaque & minor recte manumittebat pietatis caussa. (2) Singulare beneficium a servo acceptum, e. g. si quis manumitteret paedagogum, nutricem, educatorem. (3) Singularis affectio, e. g. si quis manumitteret alumnum, alumnam, collectaneum: i. e. qui eadem ubera traxerat. (4) Singularis finis, e. g. ut servum habeat procuratorem, vel ut ancillam ducat uxorem. Nam nec procuratorem servus agere poterat: nec ingenuus ancillam uxorem habere, poterat autem ducere libertam, vid. infr. §. 162.

§. CXXII.

Reliquum est, ut de usu practico dispiciamus. Si itaque quæratur an hæc omnia hodienum in foro observentur? respondemus, prius caput adhuc usum habere iis locis, ubi sunt homines proprii. Nam si quis rusticos ad prædium suum pertinentes alienaret in fraudem creditorum, nihil ageret omnino. Nec tamen recepta ullibi est exceptio illa de servo herede instituto, de qua diximus §. 119. Nam hodie venditionem bonorum defuncti non esse ignominiosam, vel inde patet, quod & vivorum clarissimorum, qui nemini quidquam debent, bibliothecæ & supellectilia publica auctionis lege distrahantur. Posterius vero caput abrogavit Justinianus §. *ult. Inst. h. t.* Ubi rationes satis absurdas hujus abrogationis reddit. Hinc hodie manumittere possunt adolescentes inter vivos quidem, dummodo sint XVII. annorum, nec tenentur amplius rationes reddere, nec præcise per vindictam & ad consilium manumittere. Per testamentum autem manumittere possunt adolescentuli, simulac puberes sunt, i. e. exacto anno ætatis XIV. *Nov.* 119. *c.* 2.

## *TIT. VII.*

## DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

§. CXXIII. CXXIV.

Diximus supra (§. 114.) Augustum manumittendi libertatem duabus legibus restrinxisse, Ælia Sentia & Fusia Caninia. De priore hactenus dictum est ad Tit. VI., sequitur jam altera. De ea quæritur (1) cur lata sit & quando? §. 123. 124. (2) quid ea cautum fuerit? §. 125. (3) an adhuc in usu sit? §. 126.

I. Quæstio est: cur & quando lata sit? Resp. Quia nimis liberales erant Romani moribundi in manumittendis servis. Nam (1) morientes etiam avari solent esse liberales, partim quia iis divitiis

non

non amplius opus est, partim quia plerumque eas invident heredibus. (2) Apud Romanos specialis caussa erat, quam ita refert *Dionys. Halic. l. 4. p. 248. Scio, qui tota servitia testamento libera esse juberent, ut benignitatis laudem post mortem ferrent, & in funeris elatione lecticam eorum magna pileatorum prosequeretur frequentia, in qua pompa quidam erant recens dimissi ex carcere, malefici mille supplicia meriti. Istos impuros urbis pileos plerique cum stomacho adspectant, & respuunt eorum consuetudinem, indignum facinus clamitantes, populum rerum dominum, & usurpantem sibi orbis imperium, talibus contaminari civibus.* Quum itaque ita fieret, ut urbs malis civibus contaminaretur, Augustus hanc manumittendi licentiam coercuit. *Suet. Aug. c. XL.*, idque factum lege Fusia Caninia A. V. C. 751. lata Sex. Furio Camillo, & Cajo Caninio Coss. a quibus & nomen hæc lex accepit Fusiæ Caniniæ; veteres enim pro Furius dicebant Fusius, pro Papirius, Papisius. *L. 2. §. 36. ff. de O. J.*

§. CXXV.

II. Sequitur altera quæstio, quid ea lege cautum fuerit? Resp. (1) ut nonnisi pars servorum testamento manumitti posset. Et quidem haec observanda erat proportio. Si quis haberet Serv. I. usque ad X. manumittere poterat partem dimidiam; sin XI. ad XXX. manumittere poterat partem tertiam; sin XXXI. ad C. partem quartam, sin 101. ad 500. partem quintam; sin plures, non plus quam C. (2) ut si quis plures manumitteret, primi tantum liberi essent, reliqui in servitute manerent. E. g. habebat quis 5. servos & manumittebat Syrum, Davum, Stichum, Dromonem, hic duo priores erant liberi, quia per hanc legem tantum pars dimidia manumitti poterat; Stichus & Dromo servi manebant. Quum id scirent domini, solebant nomina scribere in testamento διεξοδικῶς, vel per annulum (*Vide Fig. I. Tab. I.*) ne quis sciret, quis primus, secundus & ultimus sit. Sed Augustus cavebat

(3)

(3) ut tunc nullus libertatem consequeretur, sed omnes manerent servi.

§. CXXVI.

III. Ad ultimam quæstionem paucis respondemus, hujus legis hodie nullum esse usum, quia eam tanquam invidam & inhumanam sustulit Justinianus, §. *un. Inst. h. t.*, quum tamen esset reipublicæ utilissima. Obiter notandum quod, quum Justinianus hanc legem dicat quodammodo invidam, Accursium in glossa somniare legem hanc nomen accepisse a cane. *Nam canis servat naturam*, inquit, *qui stat in palea, qui nec sibi potest habere paleam, nec alii permittit accipere, sic nec sibi poterat tenere servos, quod moriebatur, nec libertatem patiebatur dare. Unde merito Caninia dicitur, ut fit consequens nomen rei. Lepide sane!*

## *TIT. VIII.*

## DE HIS, QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

§. CXXVII. CXXVIII.

Absolvimus primam personarum divisionem, secundum quam alii homines sunt liberi, alii servi; & liberi iterum vel ingenui vel libertini; de quibus omnibus hactenus accurate actum a Tit. III. ad Tit. VII. Sequitur jam altera divisio hominum. Alii enim sunt *sui juris*, alii *alieno juri subjecti*. Posset aliquis existimare hanc divisionem cum priore coincidere, nam liberos homines esse sui juris, servos alieno juri subjectos. Sed respondetur, hanc divisionem a superiore esse diversissimam, nam & filii filiæque familias alieno juri subjecti subjectæque sunt, cum tamen non sint servi, sed personæ liberæ. Hinc ante omnia definiendæ sunt personæ sui & alieni juris. *Sui juris* sunt, qui nec dominicæ nec patriæ potestati subsunt, & hi dicuntur *patresfamilias*, cujuscumque sint ætatis; e. g. infans, qui adhuc in cunis vagit, est

est paterfamilias, si nec patrem habet nec dominum. Contra *alieno juri subjecti* sunt quicumque vel in patris potestate sunt, (& hi vocantur *filii filiave familias*); vel sub dominica, (& hi vocantur servi & ancillæ). Hoc titulo agendum de potestate dominica, sequenti de patria.

## §. CXXIX.

De *dominica potestate* sciendum, (1) quod sit hujus potestatis fundamentum? §. 129. (2) in quo illa consistat? §. 130. (3) an adhuc vigeat usuque recepta sit? §. 131. I. Fundamentum potestatis dominicæ est status servorum. Servi enim non sunt personæ, sed res; res sunt in dominio; ergo & servus æque est in dominio heri sui ac bos, equus, aliudve jumentum, a quibus parum differebant servi jure Romano, ceu diximus supra §. 77. & 80. Ex hoc ergo principio fluit regula: *Quæcumque jura competunt domino in rem suam, eadem competunt in servum.*

## §. CXXX.

II. Ex hoc axiomate omnia fluunt dominorum jura in servos. Nam (1) domino olim competebat jus vitæ & necis in servos. Uti enim equum occidere potest dominus, ita & servum poterat, §. 1. *Inst. h. t.* Exempla plurima existunt in historia Romana, quod servi sub furca cæsi, in crucem sublati, e rupe præcipitati, in piscinam missi. Vid. Seneca *de ira*, *l.* 3. *c.* 40. *de clementia*, *c.* 18. Plin. *hist. nat. l.* 9. *c.* 24. (2) Servi erant in commercio, ut vendi & quocumque titulo in alios transferri possent, ut equi, boves &c. (3) Quidquid servi adquirebant, id adquirebant dominis, æque ac dominorum erat quod adquirebant equi, boves, &c. Quamvis enim servi haberent peculium, quod sibi de demenso suo comparabant miseri, genium defraudando, uti loquitur Ter. *Phorm. Act. I. Scen. I.* 6. omnia tamen pro lubitu illis eripere poterant domini, unde eod. loc. Terentius: *Quod ille unciatim vix de demenso suo,*

*suo, suum defraudans genium, comparsit miser, id illa (hera) universum accipiet, haud existimans quanto labore partum.*

§. CXXXI.

III. Quod ad usum hodiernum attinet, notandum, (1) quid ipsæ leges Romanæ mutarint, §. 131. (2) quid jure patrio receptum sit, §. 132. (1) Jus Romanum sustulit jus vitæ & necis, quia eo maxime abutebantur domini crudeles. Exemplum notum est Pollionis, qui servum ob fractum vas crystallinum in piscinam projici jusserat. Seneca *l. c.* Hinc jure novo homicidii rei sunt qui servum suum occidunt, §. 2. *Inst. h. t.* & solum jus castigandi relictum est dominis, *L. un. C. de emend. serv.* quamvis & pœna extraordinaria adficiebantur domini si hoc castigandi jure abutebantur, ceu docet elegans exemplum Umbriciæ matronæ ab Hadriano relegatæ in quinquennium, quia ancillas levissimas ob caussas atrocius tractasset, *L. 2. §. ult. ff. de statu hom.* Quin Antoninus Pius servos Julii Sabini, qui a domino atrocius tractati ad statuam principis tamquam ad asylum confugerant, vendi jussit & pecuniam reddi domino, ne forte atrocius tractarentur iterum. §. 2. *Inst. h. t.*

§. CXXXII.

De Germania, aliisque locis, ubi adhuc servi habentur, observandum, (1) nec ibi dominos jure vitæ & necis in servos uti, sed durius tamen castigari verberibus, carcere, vinculis, qui non parent dominis. Multis locis domini simul gaudent jurisdictione civili & criminali in servos vel rusticos suos, quæ jurisdictio dicitur *patrimonialis*, eaque etiam in vicina Omlandia habent nobiles, quamvis non habeant servos. (2) In Germania homines proprios vendi, donari legarique posse, sed nonnisi cum prædio, ad quod pertinent. (3) Ibidem non omnia servos adquirere dominis. Præstito enim censu annuo, præstitisque operis, si quid præterea ipsis superest, id sibi retinent, &

ad liberos suos transmittunt, excepto tamen equo optimo, optimaque supellectili, quam dominus ex hereditate capit, (c. sup. §. 83.) Aliquibus locis receptum est, ut mortuo homine proprio heredes ejus & dominus æqua lance inter se dividant hereditatem. Mores itaque diversis locis sunt diversissimi.

## *TIT. IX.*

## DE PATRIA POTESTATE

### §. CXXXIII. CXXXIV.

Diximus de potestate dominica. Quum vero & liberi sint personæ alieno juri subjectæ, hinc jam porro de patria potestate agitur. Ante omnia observandum, patriam potestatem vel esse *juris gentium*, vel *juris Romani*. (1) Illa omnibus hominibus communis: illa Romanis tam propria est, ut Justinianus scribat: *Nulli enim alii sunt homines, qui tali in liberos potestate utuntur, quali nos utimur*, §. 2. *Inst. h. t.* (2) Potestas juris gentium utrique parenti communis est: potestas juris Romani patri tantum competit, non matri, cujus in potestate liberi non sunt. (3) Potestas juris gentium ea tantum permittit parentibus, quæ ad educandos liberos pertinent, e. g. ut possint liberorum actiones dirigere, eos castigare, &c. Ast Jus Romanum parentibus masculis eam potestatem dabat in liberos, quæ competebat dominis in servos. (4) Denique patria potestas juris gentium exspirat liberis separatam instituentibus œconomiam, patria potestas Romana non finiebatur nisi morte, vel si ipse pater liberos e potestate dimitteret; unde ea potestas in nepotes & pronepotes porrigebatur. Sic sane discrimen in oculos incurrit. Nos jam de patria potestate Rom. agimus; cujus describimus (1) Fundamentum, §. 135—137; (2) effectus, §. 139. 138.; (3) mutationes,

nes, §. 140 — 143; (4) modos adquirendi patriam potestatem, §. 144.

§. CXXXV. CXXXVI. CXXXVII.

I. *Fundamentum* patriæ potestatis Romanæ est *dominium Quiritarium*, i. e. hujusmodi dominium, quod non alii competit quam Quiritibus s. Romanis civibus §. 2. *Inst. de jur. nat. gent. & civili.* Nimirum observandum, (1) liberos non fuisse personas ratione patris, sed res. Servi respectu nullius hominis erant personæ, liberi personæ erant respectu aliorum hominum, sed non respectu patris. (2) Cum itaque hujus respectu essent res, non personæ, erant in dominio patris; hinc tamquam aliæ res nostræ poterant vindicari, *L.* 1. §. 2. *ff. de rei vendic.* furto surripi, & actio furti ob illos institui, *L.* 14. §. 13. & *L.* 38. §. 4. *ff. de furt.* Denique tamquam res liberi poterant sollemni ritu mancipari vel vendi. Unde primus *illustris Corn. van Bynkershoeck, in libello de jure occidendi liberos c.* 1. *p.* 145. docuit, *patriam potestatem Romanam nihil fuisse aliud quam dominium juris Quiritium vel Quiritarium.* (3) Ex eo itaque fluit axioma; quacumque potestate domini utebantur in servos, aliasque res suas, eadem patres utebantur in liberos, jure Romano. Quin in eo durior erat liberorum quam servorum conditio, quod cum hi nonnisi semel vendi possent, & semel manumissi liberi fierent, liberi ter a patre venundari possent, & bis manumissi semper tamen reciderent in patriam potestatem. Hoc est patriæ potestatis Romanæ fundamentum: hoc axioma est principium, ex quo omnes patriæ potestatis effectus fluunt.

§. CXXXVIII.

II. Effectus illi duorum generum sunt; alii ex dominio Quiritario fluunt, de quibus §. 137. alii ex eo quod filii filiæve familias ratione patris non sint personæ, de quibus §. 139. Effectus patriæ potestatis, qui ex dominio fluunt, hi sunt: (1) quod pater haberet jus vitæ & necis in liberos, *L.* 11. *ff. de lib. & posth.* Dion. Halic. *l.* 11. *p.* 96.

*p.* 96. Id vero non intelligendum de promiscua occidendi licentia, (hæc enim non *jus* vitæ & necis, sed *injuria* fuisset,) sed de jure & facultate, qua pater tamquam judex domesticus liberis admisso crimine ipse irrogare posset supplicium capitale, nec teneretur rem ad magistratum referre. Hoc modo a patribus animadversum in C. Cassium, *Val. M. l.* 5. *c.* 8. in Scaurum, *V. Max. ib.* §. 2. in Fulvium, *Sall. de b. Catil. c.* 39. (2) quod patri liceret ter venumdare filios, ita ut bis venditus & toties ab emptore manumissus nihilo minus recideret in patris potestatem, eaque nonnisi tertia manumissione exiret. *Dion. Hal. l.* 11. *p.* 97. (3) Quod filius posset noxæ dari, §. 7. *Inst. de nox. act. Noxæ* vero *dare* est servum vel filium qui delictum privatum, ut furtum, rapinam, damnum, injuriam commiserat, læso tradere in satisfactionem. Patres ergo tenebantur vel multam solvere pro liberis delinquentibus, vel id si nollent, poterant filium læso in servitutem addicere, vel noxæ dare. (4) Quod, quidquid adquirerent, id olim patri adquirerent, æque ac servi, ut infra dicemus ex instituto, *L. II. Tit.* 9. (5) Quod ea potestas & ad nepotes & pronepores ex filiis, porrigeretur. Quia enim, cujus est res, ejus etiam est rei accessio, ideo & servorum liberi in potestate dominica sunt: hinc & liberi filiorum in eadem potestate sunt, in qua ipsi sunt constituti.

NB. Dico, id verum esse de nepotibus ex filiis. Filiæ enim per nuptias in aliam familiam transeunt, & hinc liberi ex eis nati non sunt in potestate avi materni, sed in potestate patris sui, vel si adhuc vivat, avi paterni.

§. CXXXIX.

Sequntur effectus, qui ex eo fluunt, quod liberi respectu patris non sint personæ, sed res. Ex eo principio fluit, quod (1) pater & filius in negotiis privatis habeantur pro una persona, *L. ult. C. de pupill. & al. subst.* Hinc pater omnia agebat loco filii, & filius poterat patri aliquid stipulari, sed non sibi ipsi. Id vero tantum intel-

telligendum de negotiis privatis; in *publicis* enim filius familias pro patre familias habebatur: hinc & filius poterat tutor esse, consul, prætor, *L.* 9. *ff. de his, qui sui vel &c.* (2) Quod nulla inter patrem filiumque familias esset actio, nulla obligatio, nulla lis, nullus contractus. Nemo enim secum ipse litigare vel contrahere potest. *L.* 4. *ff. de Judic. L.* 6. *Inst. de inutil. stipul.* (3) Quod posset pater liberis suis tutores testamento dare, §. 3. *Inst. de Tutor.* Quia enim liberi sunt in dominio patris, (§. 136.) & dominus de rebus suis testari potest libere: hinc & pater poterat testari de liberis suis impuberibus, a quibus tutoribus regi debeant post mortem. Ex quo principio etiam inferebant, (4) quod possent patres liberis pupillariter substituere, i. e. testamento suo ita disponere: Filius meus heres esto: si intra pubertatem morietur, Mævius ei heres esto. *pr. Inst. de pup. subst.* (5) Quod nec uxorem ducere, nec mutuum accipere, nec quidquam aliud magni negotii peragere possent sine consensu parentis.

§. CXL.

III. Mutationem tamen non unam subiit hæc patria Romana potestas (1) circa jus vitæ & necis, §. 140. (2) circa venditionem liberorum, §. 141. (3) circa adquæstum per liberos, §. 142. (4) circa noxæ dationem, §. 143.

(I.) Prima mutatio observanda circa jus vitæ & necis. Nec enim (a) amplius liberos licet occidere, sed modice castigare, *L.* 3. *C. de patr. potest*; *L. un. C. de emend. serv.* (b) Non ipse pater amplius animadvertit in liberos criminis reos; sed judex, cui tamen pater potest præscribere sententiam a judice exsequendam. *L.* 3. *C. de patr. pot.* Hinc cum olim pater in liberis non posset committere parricidium, (*vid. L.* 1. *ff. ad L. Pomp. de parric.*) hodie & pater tamquam parricida plectitur, si occiderit filium vel filiam. Ratio hujus mutationis consultissima est. Aut enim patens est indulgens, aut sævus, aut vir justus. Si indulgens, facile ignoscet filio etiam sce-

lestissimo. Sin sævus, facile jure suo abutetur in filium etiam innocentissimum. Si denique vir justus, maximo cum dolore exsequetur justitiam adversus liberos. Notum est exemplum legislatoris Atheniensis Draconis, qui cum ipse legem tulisset de eruendis adultero oculis, filio hujus delicti convicto, rogavit ut alter sibi, alter filio effoderetur. Hinc consultissimum est magistratum potius, quam patrem hoc jus exercere.

§. CXLI.

(2) Altera mutatio facta circa jus vendendi liberos. Nam ex lege notabili Constant. M. *L.* 56. *C. de patr. qui fil. distr.* (a) non potest pater id jus semper exercere, sed vergente extrema paupertate, si ipse se filiumque alere nequeat. (b) Non potest pater quemcumque filium distrahere, sed tantum sanguinolentum, i. e. eum, qui modo ex utero prodiit & nondum ablatus est. Cur quæso sanguinolentum tantum? Quia vix probabile erat eum emtorem reperturum. Quid enim emeret servulum, cui nutrice esset opus, & qui nullas præstare posset operas per multos annos?

§. CXLII.

(3) Tertia mutatio pertinet ad quæstum per liberos. Hodie enim non omnia, quæ habet filius, adquiruntur patri; sed magna est inter peculia differentia; de qua ex instituto dicemus infra L. II. Tit. IX.

§. CXLIII.

(4) Quarto, nec filius hodie amplius potest noxæ dari. Id enim jus mutavit Justinianus, §. 7. *Inst. h. t.* (5) Hodie raro avo competit potestas in nepotes vivo patre, quia hodie raro uxores ducunt liberi, nisi liberos ipsi alere possint; si vero id possunt, & separatam instituunt œconomiam, tunc plerumque hodie tacite exeunt potestate patria. (vid. infr. §. 199.) Reliqui juris effectus etiamnum in viridi sunt observantia.

§. CXLIV.

(IV.) Reliqui sunt modi adquirendi patriam potestatem, ubi magna est analogia servorum & li-

liberorum, quos a servis jure Romano parum differre diximus § 137. Quemadmodum itaque servi aut nascuntur aut fiunt, §. 81. ita liberi aut nascuntur aut fiunt. *Nascuntur* ex justis nuptiis; nam observanda est regula: *Pater est*, *quem justæ nuptiæ demonstrant:* dummodo quis natus justo tempore, nempe septimo mense a nuptiis, *L.* 6. *ff. de his*, *qui sui vel &c.* vel decimo mense a morte patris, *L.* 3. §. *pen. ff. de suis & legit. hered. Fiunt* vel per *adoptionem*, vel per *legitimationem*. Quum itaque tres sint modi adquirendi patriam potestatem, *Nuptiæ*, *Legitimatio*, *Adoptio*, de Nuptiis agitur tit. X., de legitimat. t. eod., de adoptione tit. XI.

## TIT. X.

## DE NUPTIIS.

### §. CXLV.

**P***rimus modus adquirendi patriam potestatem* sunt nuptiæ: unde & de iis agitur hoc Tit. X. Hinc ante omnia observandum, maximopere differre jura circa nuptias: aliud enim justum est jure nat. & gent., aliud jure canonico, aliud jure civili, aliud jure Protestantium. E. g. Jus Naturæ plane ignorat ritus nuptiales; jus Canonicum eos putat necessarios, quia ex eorum (*) sententia matrimonium est sacramentum; jus Civile putat nuptias solo consistere consensu: denique jus Protestantium doctrinam de sacramento rejicit, & ritus nuptiales unicuique magistratui permittit. Ne itaque confuse omnia tractentur, distincte hæc jura considerabimus, & dispiciemus, (I.) quid sint nuptiæ, §. 146. 147. (II.) Quibus ritibus ineantur, §. 148. (III.) Quinam possint inire matrimonium, §. 149.—163. (IV.) Quænam sit injustarum nuptiarum pœna, §. 164.

§. CXLVI.

(*) Nempe Catholicorum.

§. CXLVI.

Quod (I.) ad *definitionem nuptiarum* attinet, aliter eas definiunt DD. Juris Nat., aliter Canonistæ, aliter Jus Civile, aliter Protestantes. (1) *Jure Naturæ* nuptiæ sunt *viri & mulieris conjunctio ad liberos procreandos comparata.* Hinc jure naturæ non quæritur, an duæ personæ conjungi debeant, an plures? an istæ personæ possint esse cognatæ vel adfines? an conjunctio debeat esse perpetua? Hæc omnia enim aliis legibus invecta sunt. Jure Nat. sufficit, si finis obtineatur, qui est *procreatio sobolis.* Hinc jure naturæ justæ fuere nuptiæ inter Adami liberos, i. e. fratres & sorores, quia tunc nullæ aliæ leges extabant, quibus hujusmodi nuptiæ prohiberentur. (2) *Jure canonico* nuptiæ sunt *sacramentum laicis proprium, quo vir & mulier secundum præcepta ecclesiæ conjunguntur.* Vocant nuptias *sacramentum.* Notum enim est, quod Pontificii (*) 7. statuant sacramenta, inter quæ & matrimonium referunt. Dicunt esse sacramentum *laicis proprium*, quia Clericis inhibent matrimonium. Dicunt, *quo vir & mulier secundum præcepta ecclesiæ conjunguntur.* Quia magistratibus non permittunt de nuptiis tamquam de sacramento judicare vel leges ferre, sed putant eam cognitionem pertinere ad ecclesiam i. e. ad Pontificem & Episcopos. (3) *Jure civili* nuptiæ sunt *conjunctio maris & feminæ, consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio*, *L.* 1. *ff. de R. N.* *Conjunctionem* vocant matrimonium, quia jure Romano consensus facit nuptias, quamvis concubitus non accesserit; quo pertinent notabiles textus *L.* 5. *L.* 6. *ff. de Rit. Nup.* Porro conjunctio *maris & feminæ*, Romanis enim prohibita erat polygamia simultanea, §. 6. & 7. *Inst. h. t.* Addunt, *consortium omnis vitæ*; uxor enim cum viro eadem domo degere te-

(*) Hoc nomine ab Heinecio vocantur Catholici.

nebatur; unde phrases, *domum ducere, uxorem ducere.* Denique *divini & humani juris communicatio*; Romani enim habebant suos deos domesticos, quos lares & Penates adpellabant: eorum sacrorum domesticorum participes fiebant uxores. (4) Denique *Protestantium* nuptiæ sunt *societas maris & feminæ indissolubilis & divinitus instituta, ad generationem prolis & mutuum vitæ adjutorium ineunda.* Dicuntur nuptiæ *societas maris & feminæ* ob verba *Gen. II.* 24.; dicuntur societas *indissolubilis* ob *Matth. XXIV.* 6.; dicuntur *divinitus instituta* ob *Gen. II.* 21.; additur *ob generationem prolis* ob *Gen. I.* 2.; *& mutuum vitæ adjutorium ineunda*, ob *Gen. II.* 18.

§. CXLVII.

Ex his definitionibus fluunt diversa fundamenta decidendi caussas matrimoniales. Nam (1) Jus Naturæ eas decidit *ex fine matrimonii*; quidquid ei repugnat, id injustum est, e. g. matrimonium eunuchi. (2) Jus Romanum eas decidit ex *honestate & legibus civilibus.* Hinc e. g. nemo potest ducere filiam adoptivam, cum tamen nulla impediat consanguinitas. (3) Jus Pontificium eas decidit *ex præceptis ecclesiæ.* Hinc e. g. non permittitur Clericis matrimonium. (4) Protestantes omnia referunt ad *Jus divinum* in S. S. revelatum. Quæ fundamenta diversa doctrinas etiam pariunt diversissimas.

§. CXLVIII.

Hactenus de nuptiarum definitione. Sequuntur (II.) jam *ritus*, quibus matrimonium iniri solet. Hic sciendum, (1) Jure Romano consensum solum facere nuptias, non concubitum, non domum deductionem; quæ tantum effectus sunt ad complementum nuptiarum. Hinc & absens potest ducere absentem, *L.* 5. *ff. de rit. nupt.*, & absens ante concubitum mortuus ab uxore sua lugendus est, *L.* 6. *ff. eod.* Sic & pacta dotalia valent statim post nuptias, quamvis sponsa antequam torum inscendat, moriatur. (2) Ast jure Canonico

præter consensum requiritur benedictio sacerdotalis. Nam si hæc non accesserit, matrimonium quidem *ratum* est, sed *non legitimum C. 7. & c. 8. X. de divortiis*, i. e. hujusmodi matrimonium apud Pontificios (*) habet effectus civiles, sed non ecclesiasticos. Ecclesia eos non agnoscit pro conjugibus. (3) Quid Protestantes? Resp. Hi (a) requirunt consensum, sine quo nuptiæ consistere non possunt, *L. 2. ff. de rit. nupt.* (b) requirunt etiam singulorum locorum ritus, e. g. proclamationem ex suggestu, benedictionem coram facie ecclesiæ, vel copulationem in cura. (c) His ritibus non accedentibus matrimonium nec legitimum, nec ratum habetur. Hinc memini tamquam concubinarium damnatum, qui cum uxore clam inierat matrimonium sine benedictione ecclesiastica, quod Galli vocant *un mariage de conscience*.

§. CXLIX.

Jam (III.) quæritur porro, quænam personæ ineant nuptias? Hic sequentia notentur requisita. (I.) Ut mas sit pubes, i. e. annorum XIV. fœmina vero XII. *pr. Inst. h. t.*, alias enim sufficere non censentur fini matrimonii, i. e. procreationi sobolis & mutuo adjutorio. Equidem jus Canonicum & impuberibus nuptias concedit si, ut loquuntur, malitia suppleat ætatem *c. 3. X. de spons. imp.*, sed id non admittunt Protestantes privatis. Principibus etiam impuberibus nuptiæ conceduntur, sed ita ut earum implementum per concubitum differatur in annos pubertatis. (2) Ut unus ducat unam, una nubat uni. Nam polygamiam præter jus Nat. omnia jura damnant. De jure civili id constat ex §. 6. 7. *Inst. de nupt.* de jure divino ex *Matth. XIX. 8. coll. cum Gen. II. 18.*

§. CL.

(3) Tertium requisitum erat, ut nuptias inirent soli cives, *pr. Inst. h. t.* Nam inter servos non erant nuptiæ, sed contubernium, inter peregri-

(*) Intellige Catholicos.

grinos non nuptiæ, sed matrimonium. *L.* 13. §. 1. *ff. ad Leg. Jul. de adult.* Id est, peregrini quidem uxores habebant, sed ea conjunctio non habebat eosdem effectus ac nuptiæ Romanorum. Nam nec dos locum habebat, nec liberi ex eo matrimonio procreati in patris potestate erant. Ut paucis dicam, omnes homines poterant inire matrimonium juris gentium, sed non nuptias juris civilis; quod discrimen hodie plane cessat. (4) Ut liberi non ineant matrimonium sine patris consensu, cujus in potestate erant. Hoc tamen necessarium erat apud Romanos, ut (a) hic patris consensus præcedere deberet, *pr. Inst. h. t.* (b) ut nuptiæ sine eo consensu initæ, essent nullæ; (c) ut furiosi filius vetere jure vivo patre uxorem ducere non posset, *pr. Inst. h. t.* Hodie consensum requirimus utriusque parentis, imo & curatorum, sed non tanto rigore. In hac provincia rigor satis magnus est, & nuptiæ hujusmodi rescinduntur. Huber *præl. h. t.* Sed alibi non permittuntur quidem nuptiæ, si absit consensus, sed semel tamen contractæ non rescinduntur. Mores itaque variant.

## §. CLI.

(5) Quintum requisitum est, ut personæ possint per leges conjungi. Nam inter quasdam personas nuptiæ prohibentur (a) tamquam incestæ, §. 152—161. (b) tamquam indecoræ, §. 162. (c) tamquam noxiæ, §. 163.

## §. CLII.

(a) *Tamquam incestæ* prohibentur nuptiæ *inter proximos cognatos & adfines.* Ergo quæritur (α) quid sit cognatio & adfinitas, §. 152. (β) Quomodo computentur gradus, §. 153—157. (γ) Qui gradus sint prohibiti, §. 158—160.

(α) Primo igitur quæritur, quid sit cognatio & adfinitas? Resp. *Cognatio est inter personas, quæ a communi stipite descendunt*, e. g. pater & filia (*Fig. 2. Tab. I. sub A*) sunt cognati, nam descendunt a communi stipite, nempe ab avo. Frater

& soror (*ibi sub B*) sunt cognati, descendunt enim ab eodem patre vel matre. Patruus (*ibi sub C*) est cognatus meus, quia mecum ab eodem avo descendit. *Adfinitas* contra est *necessitudo inter unum conjugem & alterius familiam.* Sic uxoris meæ parentes, fratres, sorores patrui sunt adfines mei, & mei parentes, fratres, sorores sunt adfines uxoris meæ. At frater meus & frater uxoris meæ non sunt adfines. Hoc declaratur *Fig.* 3. & 4. *Tab. I.* Paucis: *cognatio* nascitur *per generationem*: *adfinitas per nuptias.*

## §. CLIII.

(*β*) Quæritur, quomodo computentur gradus? Resp. *Gradus* nihil aliud est quam generatio, & ea designatur lineola recta. Si plures personæ connumerentur, quæ generarunt vel genitæ sunt, hæc vocatur *linea.* Quemadmodum ergo generatio lineola designatur, ita personæ gignentes, vel genitæ notantur circello. E. g. pater filium genuit, notatur ergo pater circello, & actus generationis lineola. *Linea cognationis* vel *recta* est, vel *obliqua.* Recta est, quæ meras personas generantes & genitas complectitur; *obliqua*, quæ & alias personas (*Fig.* 5. *Tab. I.*). Illa, seu prior linea vocatur *adscendens*, quia a me ad progenitores adscendo: ista vocatur *descendens*, quia ad posteritatem descendo. Hic vero ego & patruus meus magnus, nec non patris mei consobrinus cognati mihi in linea obliqua.

Linea obliqua vel *æqualis* est, vel *inæqualis. Æqualis*, ubi ex utroque latere totidem occurrunt personæ & gradus: *inæqualis*, ubi in altero latere plures, in altero numerantur pauciores gradus & personæ (*Fig.* 6. *Tab. I.*)

## §. CLIV. CLV.

His observatis definitionibus facile intelliguntur *regulæ de computatione graduum.* Sunt autem tres:

1) *In linea recta tot sunt gradus, quot sunt generationes.* Hinc si scire cupio, quoto gradu hac in linea distent duæ personæ; lineolas tantum nume-

mero, non circellos, e. g. distant uno gradu Pater, & Filia (Fig. 7. Tab. 1. sub A.) Distant duobus gradibus Avus, & Neptis (id. sub B).

Ego ab Abavia disto 4. gradibus (Ibi sub C).

2) *In linea æquali jus civile utrumque latus numerat; jus canonicum unum tantum.*

3) *In linea inæquali longissimum*: quæ omnia declarantur a Fig. 8. 9. & 10. Tab. 1.

§. CLVI.

Hactenus de computatione graduum consanguinitatis. De adfinitate observandum, ejus proprie nullos esse gradus, quia adfinitates non nascuntur ex generatione, sed ex nuptiis. *L.* 4. §. 5. *de grad. & cogn.* Sed analogice tamen & in affinitate æque ac gradus statuntur, & eodem modo numerantur, ac in consanguinitate. Sic & schemata eodem modo pinguntur ac in consanguinitate. Nuptiæ autem indicantur per lineam curvam, quæ in computatione non connumeratur: e. g. in linea recta noverca (Fig. 11. Tab. I. sub A.) mihi adfinis est in gradu primo: avi uxor vel noverca magna (ibi sub B.) in gradu secundo, proavi uxor in gradu tertio, & sic in infinitum.

Nec absurdum est lineolam curvam, nuptiarum indicem, non connumerari, quum duo conjuges sint ex Dei effato una caro, & hinc pro una persona recte habeantur.

§. CLVII.

In prohibitione nuptiarum maximi etiam momenti est *respectus parentelæ*, ut vocatur, adeo ut illa semper nuptias impediat. Quid vero est *respectus parentelæ?* Est cognatio inter duas personas, quarum una immediate sub communi stipite, altera vero est remotior. Dicimus *immediate* illam subesse communi stipiti, adeoque non sufficit aliam esse remotiorem, aliam propiorem. E. g. amita & matertera sunt mihi parentis loco, quia ipsæ communi stipiti subsunt immediate, quum ego sim remotior. (Fig. 12. Tab. I.)

Contra, amitæ meæ filia & filius meus inter se quidem sunt cognati, sed nullus est respectu

pa-

parentelæ, quia neutra persona immediate sub communi stipite est. (Fig. 13. Tab. I).

Inter has personas tanta veteribus visa est necessitudo, ut *thii* & *thiæ* dicerentur, qs. divini & divinæ. Quo simul innuebant veteres, hujusmodi personas, æque ac parentes, veluti sanctas & venerabiles nobis esse debere. Eleganter Simplicius comment. ad Epict. Enchirid. c. 37. *Antiquiores*, inquit, *leges ita veneratæ sunt parentes, ut deos eos appellare non dubitarint. Sed quamvis, in hoc divinam excellentiam veriti, patres dii appellari desierint, fratres tamen patrum & sorores Græci adhuc* θείους, *qs. divinos divinasque adpellant, ut demonstrent quam rationem parentum adversus liberos esse existimarent.* Cum itaque sanctæ adeo ac venerabiles hæ personæ viderentur, non mirum profecto, quod leges divinæ & humanæ nuptias cum illis iniri prohibuerint.

## §. CLVIII.

Hactenus computationem graduum vidimus. Jam (γ) ad *regulas* progredimur, quæ *circa ipsam prohibitionem* sunt observandæ.

א) *Nuptiæ inter adscendentes & descendentes in linea recta in infinitum prohibentur.* Circa hanc regulam omnia jura conspirant: divinum *Lev. XVIII.*, 7. itidem ita merito explicatur, quod omnes hæ nuptiæ prohibitæ sint: Additur *in infinitum*, ut interesse nihil ostendatur, quotocunque gradu sint. Sic e. g. Atavia non magis nubere poterit abnepoti, quam avia nepoti vel mater filio. Imo solet hæc regula eo exemplo pereleganter illustrari, quod si Adamus non violasset præceptum divinum de non comedendo fructu arboris, Eva autem violasset, adeoque mortua esset, hic in toto humano genere secundam uxorem non sit reperturus, quia omnes homines sint descendentes respectu Adami, quamvis gradibus quamplurimis remoti.

## §. CLIX.

ב) *In linea obliqua jure civili secundus & tertius gradus semper est prohibitus, quartus & reliqui*

*qui tantum inter eas personas, quæ sibi invicem parentum & liberorum loco sunt.* i. e. inter quas est respectu parentelæ. Diximus in secundo gradu semper prohiberi nuptias; nam in *secundo* (Fig. 14. Tab. I. sub A.) *gradu* sunt fratres & sorores, inter quos nec divinum nec humanum jus nuptias permittit. Diximus *etiam in tertio* (ibi sub B.) *gradu semper prohiberi.* Hic gradus enim concipi nequit sine respectu parentelæ, qui ut §. 157. docuimus, semper impedit nuptias. Sic nec amitam, nec materteram ducere possum, quemadmodum & femina nec patruo nec avunculo nubere potest. Addimus, *quartum* (ibi sub C.) *& reliquos gradus* non prohibitos esse, nisi inter eas personas, quæ sibi sint parentum & liberorum loco. Sic e. g. nuptiæ valent inter consobrinos, quia nullus inter eos respectus parentelæ, & sunt sibi invicem in quarto gradu. At non valent nuptiæ inter me & avi sororem, quamvis itidem quarto (ibi sub D.) gradu simus, quia inter has personas est respectus parentelæ. Hæc est regula juris civilis. *Quid jus canonicum?* Hoc nuptias multo prohibet latius. In æquali enim linea prohibitio extenditur ad gradum quartum (ibi sub E.) suæ computationis, *Cap. ult. X. de consang.;* in quo capitulo lepida ratio adjicitur, quia quatuor sint humores in corpore humano. In inæquali respectus parentelæ etiam ulterius nuptias impedit, & ut paucis dicam, in infinitum. Sic e. g. Abel (Fig. 15. Tab. I.) si viveret, uxoremque amisisset, non magis quam Adamus secundam per jus canonicum reperiret, quia omnes homines nati sunt ex fratre ejus Setho, adeoque ipse parentis loco esset toti humano generi.

§. CLX.

3) Reg. tertia *de adfinitate* talis est. *Quotocumque gradu prohibentur nuptiæ ob cognationem, eodem prohibentur ob adfinitatem* aa) In linea recta e. g. inter adscendentes & descendentes nuptiæ prohibentur in infinitum; ergo & matrimonium cum adscendentis vel descendentis uxore.

E. g.

matrimonia contrahere vetuit. *Cognatio civilis* est, quæ oritur ex adoptione. Nam cum adoptio imitetur naturam, eodem loco habebantur adoptivi liberi, quo sunt naturales. Ex quacumque ergo ratione ducere non poteram feminam cognatam ob generationem naturalem; ex ea ratione nec ducere poteram cognatam per adoptionem factam. E. g. Pater (Fig. 7. Tab. II.) ducere non potest filiam naturalem, ergo nec adoptivam: avus ducere non potest neptem naturalem, ergo nec adoptivam. Frater ducere non potest sororem naturalem, ergo nec adoptivam. Sed quia hæc prohibitio tantum ex lege civili est, & nonnisi fictione nititur, hinc facile potest per dispensationem mutari. Hinc e. g. (Fig. 8. Tab. II.) Antoninus philosophus imperator filiam suam Lucillam dedit fratri suo adoptivo Lucio Vero. *Quasi adfinitas* est, quæ contrahitur non per nuptias, sed per sponsalia. E. g. Frater meus sponsalia fecit cum Titia; antequam nuptiæ sequerentur, obiit: jam inter me & Titiam est quasi adfinitas, quæ non patitur ut eam uxorem ducam.

## §. CLXII.

Hactenus de nuptiis incestis. Prohibent b) leges etiam quasdam nuptias tamquam *indecoras* vel (α) ob imparitatem status, e. g. inter senatorem & libertam, inter ingenuum & mulierem scenicam, quæstuariam; quæ prohibitio est ex lege Julia & Papia Popæa: sed hodie ab usu recessit, imo abrogata ab ipso Justiniano, *L.* 23. & *L. ult. de nupt.* Vel (β) ob antecedentem impudicitiam, e. g. inter adulterum & inter adulteram, raptorem & raptam. (γ) Ob venerationem quamdam. Sic prohibetur matrimonium inter vitricum (Fig. 9. Tab. II.) & privigni viduam, quum tamen nulla sit inter has personas adfinitas, nisi secundi generis, quæ alias non attenditur, *L.* 15. *Inst. h. t.* Ita & prohibitum matrimonium cum alterius uxoris repudiatæ (Fig. 10. Tab.

Tab. II.) filia ex alio matrimonio quæsita, §. 9. *Inst. b. t.*, quum tamen itidem tantum sit adfinitas secundi generis.

§. CLXIII.

c) Tamquam *noxiæ* prohibentur nuptiæ vel (α) ob religionis respectum inter Christianum & Judæum, *L.* 6. *C. de Judæis:* (β) vel ob detrimentum rei familiaris inter tutorem ejusque filium & pupillam, quia hoc obtentu tutor uti posset ad denegandam rationum redditionem. *L.* 59. *ff. b. t.* (γ): ob metum tyrannidis inter præsidem provinciæ & mulierem provincialem. Periculum enim erat, ne præses contracta cum potentiore familia adfinitate ejus auxilio tyrannidem in provincia adfectaret, quod M. Antonium fecisse novimus in Ægypto, ducta uxore Cleopatra regina *L.* 57. *L.* 64. *ff. b. t.*

§. CLXIV.

(IV.) Ultima quæstio est, si quis contra has leges nuptias contraxerit, qua pœna adficiatur? Resp. ex §. 12. *Inst. b. t. Nullitate.* Hinc nullum est matrimonium, nulli conjuges, nulla dos. Liberi quoque ex hujusmodi coitu nati non sunt legitimi, nec in patria potestate constituti, sed spurii. Imo aliquando & pœna gravior veluti capitalis, vel ei proxima statui in hujusmodi personas potest. Sic e. g. incestus si inter adscendentes & descendentes commissus, vel inter fratrem & sororem; unde hic singularum provinciarum statuta sunt consideranda.

## DE LEGITIMATIONE.

§. CLXV.

*Alter modo redigendi liberos in patriam potestatem* est legitimatio. Sed de ea plane tacent Pandectæ, quia illa inventa demum a Constantino M., adeoque post illud tempus, quo JCti vixerunt, ex quorum scriptis pandectæ sunt sumptæ. Objiciunt quidem alii *L. ult. ff. de adopt.* & *L.* 57.

57. *ff. de ritu nupt.*, ex quibus constare putant etiam ante Const. M. legitimationem fuisse in usu. Sed Resp. *L. ult. ff. de adopt.* ceu ex Rubrica patet, non agere de legitimatione, sed de adoptione: *L.* 57. autem tantum comprehendere privilegium speciale, quod ad exemplum trahi non solet.

## §. CLXVI.

Definitio legitimationis hoc §. tradita per partes erit expendenda. Est ergo legitimatio *actus*. Sunt, qui dicunt, esse actum legitimum (§. 70.): sed hi egregie falluntur. Nam (1) actus legitimi excogitati sunt a JCtis ex XII. Tabb. *L.* 2. §. 6, *ff. de O. J.* At legitimatio nec ab JCtis, nec ex XII. Tabb. est. (2) Actus legitimi fiunt sollemniter: at legitimatio sollemnitatem plane nullam exigit. Sufficit ergo si dicamus, legitimationem esse *actum*. Est porro actus, *quo liberi illegitimi finguntur ex justo matrimonio nati.* Fundamentum enim legitimationis est fictio. Fingit lex eos ex justo matrimonio natos, qui sunt extra matrimonium nati. Tales fictiones in jure sunt quamplurimæ. Sic e. g. in jure Postliminii fingitur ille numquam captivus fuisse, qui ex captivitate domum rediit, §. 5. *Inst. quibus modis jus patr. potest. solv.* Contra lex Cornelia fingit eum, qui in captivitate moritur, in urbe mortuum, *L.* 18. *ff. de captiv. & postlim.* Et hinc de fictionibus juris elegantem tract. scripsit Anton. Dadin. Alteserra, JCtus Gallus celeberrimus. Eodem ergo modo etiam lex finxit eum in matrimonio natum, qui natus non est. Dicitur porro in definitione, *& hinc instar legitimorum rediguntur in patr. potest.* Habemus effectum legitimationis. Liberi extra matrimonium nati non sunt in patria potestate, imo ne intelliguntur quidem patrem habere, quia pater est quem justæ nuptiæ demonstrant, *L.* 5. *ff. de in jus voc.* Hinc dicuntur *liberi naturales*, quia natura quidem patrem habent, sed non jure. Ast per legitimationem redi-

diguntur in patriam potestatem, & hinc est, quod §. 165. legitimationem diximus caussam patriæ potestatis.

§. CLXVII.

Hæc est definitio. Ex ea jam statim solvi potest quæstio, quinam liberi illegitimi legitimari queant. Sunt illi quatuor generum. (1) Alii dicuntur *naturales liberi* vel *notbi*, & barbare *Bastardi*; qui ex honesta femina, sed extra matrimonium suscepti, i. e. ex concubina. Alii dicuntur (2) *spurii*; qui nati ex muliere quæstuaria, i. e. ex meretrice, quæ quæstum corpore facit, unde & *vulgo quæsiti* dicuntur. Alii vocantur (3) *adulterini*, qui ex adulterio nati: (4) alii *incestuosi*, qui ex incestu, i. e. ex congressu earum personarum, quæ ob cognationem vel adfinitatem in matrimonium esse nequeunt. Jam ut ad quæstionem respondeamus propositam, legitimari possunt solum *liberi naturales*, non spurii, non adulterini, non incestuosi, §. *ult. Inst. h. t. L.* 10. *C. de nat. lib. Nov.* 117. *c.* 2. Ratio est, quia legitimatio fit per fictionem. Fingunt enim leges liberos legitimandos susceptos e matrimonio (§. 167.): at vero cum omnis fictio supponat terminos habiles, nec matrimonium fingi possit cum muliere quæstuaria (§. 162), multoque minus inter adulterum & adulteram, cognatos & adfines proximos, sequitur omnino ut liberi hujusmodi sint incapaces legitimationis.

§. CLXVIII.

Pergimus ad divisionem legitimationis. Ea quod ad modum attinet, triplex est: vel enim fit per *subsequens matrimonium*, vel per *oblationem curiæ*, vel per *rescriptum principis*. Prima inventa est a Const. M. eo fine, ut concubinatum aboleret. Hinc etiam non in futurum hunc legitimandi modum valere voluerat, sed tantum in præteritum. At postea Justinianus eum perpetuum legitimandi modum esse jusserat *Novell.* 74. Vid. Desider. Herald. *rer. & quæst. jur. quotid. lib. I. c.* 4. §. 2. Alterum excogitavit Theodosius junior im-

imperator, *l.* 3. *C. de nat. lib.* Tertium Justinianus *Nov.* 74.

§. CLXIX.

Per *subsequens matrimonium* legitimantur filii naturales ex concubina, honesta ceteroquin femina nati, simulac pater concubinatum mutat in justas nuptias, & matrem horum liberorum uxorem ducit. Requiritur ergo (1) ut mater sit honesta ceteroquin femina, non meretrix &c. §. *ult. Inst. h. t.* (2) *Ut ineat legitimum matrimonium.* Tunc enim fingitur liberos ante istud matrimonium natos postea demum nasci, adeoque esse legitimos Sed. quæritur, annon & (3) requirantur dotalia instrumenta? Ea enim expresse requirere videtur imperator §. *ult. Inst. h. t.* Sed respondetur, Justiniani temporibus necessaria erant omnino, hodie autem minime; nam tempore Justiniani nullus erat ritus sollemnis nuptiarum. Confarreatio, qua veteres utebantur, itemque coemptio uxorum non amplius erant in usu. Benedictio sacerdotalis coram facie ecclesiæ nondum fuerat recepta (*), & sic tunc nullum fuisset signum, quo affectio maritalis erga uxorem a concubinatu distingui potuisset, præter instrumenta dotalia. Hinc legimus jam olim apud Plautum, *Trinum Act. III. Scen.* 2. *v.* 63. Lesbonicus adolescens, quia omnia sua bona abliguriverat, nolebat

(*) Fallitur. Nam ex Traditione SS. Patrum Benedictionem Sacerdotalem semper habitam in Ecclesia fuisse ut essentialem, & omnino necessariam Sacramento Matrimonii, palam, faciunt Guil. Estius *in 4. Sentent. dist.* 26. §. 10. Gasp. Juenin *Comment. de Sacrament. Dissert.* XI. *quæst.* 3., R. Hyac. Drouvenn *de Re Sacrament. lib.* 10. *quæst.* 2. aliique viri doctissimi. Et sane ante Justinianum eam sacerdotalem Benedictionem in Ecclesia fuisse receptam, liquido constat ex Tertulliano *lib.* 2. *ad Uxorem*, ex S. Ambrosio *Epist.* 70, ex Canone 13. Concilii Carthaginensis IV. an. Chr. 398.

bat tamen sororem suam Lysiteli sine dote uxorem dare, addita hac ratione. *Sed ut inops, infamis ne sim, nec mihi hanc famam differant,*

*Me germanam meam sororem in concubinatum tibi*
*Sic sine dote dedisse magis, quam in matrimonium.*

Sine dote itaque tum vix distingui poterat uxor a concubina. Et hinc non mirum, Justinianum requisivisse instrumenta dotalia. At hodie sane facile distinguuntur uxor & concubina per *ἱερολογίαν* ecclesiasticam, nec amplius illo signo opus est.

§. CLXX.

Alter modus legitimandi est *oblatio curiæ.* Hic modus est ex antiquitatibus illustrandus. Per *curiam* hic intelliguntur magistratus municipales; in singulis enim municipiis erant senatores, qui decuriones vocabantur, iisque præerant duumviri, veluti consules. Jam hæc erant officia cum dignitate conjuncta, & præterea is ordo gaudebat jurisdictione in municipio. Nihilominus tamen ab his muneribus maxime abhorrebant homines, adeo ut Barnabas Brisson. *in Antiq. Rom.* observarit, aliquando Christianos a gentibus supplicii caussa addictos fuisse curiæ. Ratio est, quod sumptus maximi faciendi essent a curialibus. Nam suo ære edere debebat spectacula, ludos, populo convivia præbere, adeo ut aliquando universum patrimonium absorberet illa dignitas. Vid. *Antiq. nost. Rom. h. t.* Quum itaque tam splendida esset curialium miseria, privilegiis variis pellectos videmus homines, ut nomina curiæ darent, inter quæ etiam fuit hoc Theodosianum, ut si quis filium naturalem offerret curiæ, tunc statim legitimaretur, *L.* 3. *L.* 4. *L.* 9. *C. de nat. lib.* Enimvero cum hodie non opus sit his privilegiis, & homines facile nostris temporibus decurionalia ambiant etiam in oppidis minoribus, cumque etiam decuriones nostrates nec ludos, nec spectacula suis sumptibus edere soleant, facile patet & hunc legitimandi modum nullius hodie esse usus.

§. CLXXI.

§. CLXXI.

Ultimus legitimandi modus est, qui fit per *Rescriptum principis:* qui in eo consistit, ut pater apud supremam potestatem supplices litteras adferat, petatque filium suum vel aliam naturalem legitimari. Eo facto sequitur rescriptum, & tunc filius habetur pro legitimato. Hic modus hodienum receptus est, & quum in Germania difficile sit ex tot provinciis homines Romanum imperatorem adire, ab eoque petere, legitimationem: hinc solet imperator in omnibus fere urbibus celebrioribus constituere *Comites Sacri Palatii*, qui hujusmodi actus ejus nomine peragant. De iis exstat tractatus pereruditus Georg. Schubarti, Prof. Jen. *de comitibus Palatinis.*

§. CLXXII.

Jam de *juribus legitimatorum* videbimus. Diximus supra (§. 166.) per legitimationem liberos naturales redigi in patriam potestatem. Ex hoc principio facile omnia legitimationis effecta eliciemus. Inde enim patet, (1) legitimationem fieri non posse sine liberorum consensu, *L.* 11. *ff. de his, qui s. v. a. j.* sunt. Mirum hoc videri posset, quia legitimatio est beneficium; sed resp. est etiam onus quia est capitis deminutio, nam, per illam ex homine sui juris fit filius familias, adeoque alieno juri subjectus. Antea illegitimus sibi adquirebat, quia patrem non habebat: jam adquirit patri. Ergo æquissimum est, ejus consensum accedere. (2) Legitimatos succedere patri. Fiunt enim filii familias liberi legitimi, heredes sui, hi vero procul dubio succedunt patri. Sed distinguendum tamen an legitimatio facta sit per rescriptum principis, an per subsequens matrimonium. Tunc omnino succedunt patri indistincte, non minus quam legitimi, §. *ult. Inst. h. t.* §. 2. *Inst. de hered. ab intest.* Sin per rescriptum principis, tunc denuo dispiciendum, velit ne pater, & princeps in rescripto hoc expresserit, ut succedant legitimati, annon? Si nihil expresserit, non succedunt, nisi soli existant: sin expresserit, tunc suc-

succedunt, sed ita ut legitimi jam extantes præcipuam habeant portionem legitimam.

§. CLXXIII.

Reliquum est ut de usu practico hujus tituli quæramus. Sed paucis officio nostro defungemur, si notemus duo: (1) Oblationem curiæ hodie non esse in usu (§. 171.); reliquos duos legitimandi modos autem adhuc celebrari, & non esse infrequentes. (2) Legitimationem per rescriptum hodie sæpe non esse modum aliquem redigendi in patriam potestatem, sed tantum medium abstergendi maculam natalium, & hinc etiam spuriis denegari non solere. Quia enim in multis locis hæc consuetudo obtinet, ut spurii & illegitimi non recipi possint in collegia & corpora opificum: hinc legitimari solent, ut recipi possint.

## *TIT. XI.*

## DE ADOPTIONIBUS.

§. CLXXIV.

De adoptione hic agitur, quia *hic tertius* est *modus adquirendi patriam potestatem.* Quia itaque de duobus prioribus egimus, nempe de nuptiis & de legitimatione Tit. X., proximum est, ut hoc titulo XI. agamus de adoptione. Ea apud Romanos frequentissima erat, apud nos paullo rarior, nec tamen plane ignota. Rationem infra videbimus. Jam de definitione primum dispiciemus.

§. CLXXV.

*Adoptio* duobus modis accipitur, vel in sensu latiore, vel in sensu strictiore. Si in *latiore*, tunc complectitur sub se duas species, *arrogationem* & *adoptionem*: sin *stricte*, tunc *arrogationi opponitur.* Nos jam in latiore sensu sumimus vocabulum: & hoc loco quæritur, *quid sit adoptio in sensu generali & latiore accepta?* Resp. Est *actio sollemnis, qua in locum filii vel nepotis adsciscitur is, qui natura talis non est.* Dicitur *actio sollemnis*, quia

aut

aut coram populo in comitiis fiebat, aut coram 5. testibus, antestato & libripende, per æs & libram, ut paullo post videbimus. Et hodie quoque, quia vel coram principe fit, vel coram magistratu, actio sollemnis dici potest. Dicitur *qua in locum filii vel nepotis &c.* Ubi notandum, sub filio etiam comprehendi filiam, sub nepote neptem; tam enim filius quam filia possunt adoptari. Additur *is, qui natura talis non est.* Sic e. g. Moses natura non erat filius filiæ Pharaonis, sed adoptione fiebat filius. Ex hac ergo definitione fluit axioma, quod per totum titulum regnat, *adoptio imitatur naturam*, idque totidem verbis habemus in §. 4. *Inst. h. t.* Sensus vero hujus axiomatis est quod is, qui per naturam pater vel filius esse non potest, nec possit etiam esse per adoptionem. E. g. puer X. annorum per naturam non potest esse pater, ergo nec adoptione talis potest fieri. Filius per naturam non potest major natu esse patre, ergo nec per adoptionem natu major potest natu minoris filius fieri; adoptio enim imitatur naturam. Ex hoc egregio axiomate fluunt plures insignes conclusiones, quas §§. 176. 177. expendemus.

## §. CLXXVI.

Nimirum inde facile solvitur quæstio, quinam possint adoptare. Quilibet, qui possunt parentes esse & generare. An ergo (1) castrati? Minime: & absurda est *Novella Leonis* 26. quæ & eunuchis permittit jus adoptandi; adoptio enim imitatur naturam. (2) An impuberes? Minime: quid enim iis opus liberis, qui ipsi adhuc pueri sunt? Impuberes generare nequeunt, ergo nec adoptare; adoptio enim imitatur naturam. (3) An feminæ? Negatur. Adoptio imitatur naturam, atqui naturales liberi non sunt in feminæ potestate, ergo nec per adoptionem fieri possunt alieni. Per privilegium tamen jus adoptandi concessum feminis in solatium liberorum amissorum §. 10. *Inst. h. t.* *L.* 5. *C. h. t.* (4) An natu minores majorem adoptare possunt? Minime. Adoptio imitatur natu-

ram, quumque secundum hanc non temere ante annum 18. quis pater esse possit, ante annum 36 avus: sequitur, ut adoptans adoptivum saltem plena pubertate, i. e. annis 18. præcedere debeat, si velit filium adoptare: duplici pubertate plena, i. e. annis 36. si nepotem §. 4. *Inst. h. t.* Sed cum supra diximus, castratum adoptare non posse, aliudque obtineat in spadone, quem adoptare posse traditur §. 9. *Inst. h. t. L.* 2. §. 1. *L.* 40. §. 2. *ff. h. t.* quæri potest, quomodo differant spadones & eunuchi, vel castrati? Resp. Spadones hi sunt, quorum impedimentum est temporarium, veluti e morbo. Eunuchi vel castrati, qui in perpetuum impediuntur ob exsectionem.

§. CLXXVII.

Vidimus etiam (§. 185.) in definitione hunc exprimi adoptionis finem, in solatium eorum, qui liberos non habent, inventam esse adoptionem; quod nobis novum dat axioma, unde tres conclusiones fluunt. 1.) Quod adoptare ordinarie nequeant qui nondum sunt annorum 60. *L.* 17. § 2. *Inst. h. t.* 2.). Quod nec iis facile permittatur adoptare, quibus jam sunt liberi naturales. *L.* 17 §. 3. *ff. eod.* 3.) Quod si quis in locum nepotis adoptare velit, filii consensus requiratur, *L.* 5. *L.* 6. *ff. h. t.* Postremæ conclusionis ratio in promptu est. Nam nepos mortuo avo redit in potestatem patris; adeoque, si pater meus adoprat nepotem, tunc patre meo mortuo is adoptivus fit filius meus: si filius, erit etiam heres. Sic heres mihi invito obtrudetur. Quod cum principia juris Romani non ferant, omnino dicendum filii consensum requiri in adoptione nepotis. At de prioribus 2. conclusionibus res est paullo difficilior. Nam v. c. Henr. Bernard. Reinold *in Variis. c.* 42. *p.* 507. pluribus principum exemplis docuit, sæpe & illos, qui jam liberos haberent, alios adoptione quæsivisse; sed res nihilominus salva est. Nam (a) leges allegatæ claræ satis sunt & perspicuæ. (b) Quod principibus licuit, non ideo statim concessum fuit privatis. (c) Perizon. *Animadv. hist.*

*hist. c.* 3. *p.* 125. docuit, ne in principibus quidem hujusmodi adoptiones reprehensione populi caruisse: an æquiore animo eum tulisse dixerimus adoptiones privatorum, si contra has leges fierent? (d) Ex Cicer. *orat. pro domo c.* 13. patet Ciceronem ideo impugnasse adoptionem P. Clodii, quod pater ejus adoptivus jam liberos naturales haberet, eamque ideo vocat fictam & simulatam. Quo jure & qua fronte id dicere potuisset Cicero, si licuisset ordinarie adoptare iis, qui jam erant parentes? Maneat ergo hoc fixum, & firmum, adoptionem ordinarie non concessam vel minoribus LX. annis, vel iis, qui jam liberos procrearant. Quæ vero extra ordinem aliquando facta, ea tamquam privilegia ad exemplum non trahuntur.

§. CLXXVIII.

Hactenus adoptionem accepimus in sensu latiore. Et in hoc sensu duplex est, vel *arrogatio*, vel *adoptio strictius accepta* (v. §. 175.) Differunt hæ species bifariam.

1) *Subjecto.* Nam arrogantur homines sui juris in nullius potestate patria constituti: adoptantur filii familias, adeoque homines alieno juri subjecti.

2) *Forma vel modo.* Nam arrogatio fit beneficio principis per ejus rescriptum: adoptio imperio magistratus, quo præsente si pater declarat se hunc filium alteri in adoptionem dare, & adoptatus contra se, illum filii loco habere velle, res transacta est. De arrogatione agimus §. 179-182, de adoptione §. 183-186.

§. CLXXIX.

Inde itaque facile intelligetur *arrogationis* definitio. Arrogatio est *actus quo homo sui juris auctoritate summi imperantis in patriam alterius potestatem redigitur.* Ast quæritur hic præcipue cur, quum olim populus in comitiis calatis de arrogationibus statuere deberet, & quidem auctoritate pontificum, postea princeps sibi id jus arrogavit. Sane olim arrogatio fiebat in comitiis. Pater ar-

 ro-

rogans ibidem declarabat se hunc sibi velle filium esse. Interrogabatur filius, an auctor fieret & in hanc arrogationem consentiret? Si adfirmaret, porro ex pontificibus quærebatur, an id fieri paterentur, ut hic homo sui juris in sacra alterius & potestatem redigeretur? His quoque consentientibus magistratus recitabat formulam sollemnem: *Velitis, jubeatis, Quirites, ut hic... sit lege & jure L. Titii filius, æque ac si ex eo, ejusque matrefamilias esset natus?* Tum porro populus mittebatur in suffragia, & si plura suffragia in id conspirarent, tunc arrogatio pro perfecta habebatur. Quem ritum satis prolixe explicavimus *in Antiq. nost. h. t.* Jam si ergo olim penes populum & pontifices fuit arrogationis arbitrium, quo jure id postea principes sibi vindicarunt? Resp. (1) quia populus omne jus ei & in eum transtulit Lege Regia, §. 6. *Inst. h. t.* (2) Quia principes simul erant pontifices maximi, ut luculenter docuit Andr. Bosius *de pontific. max. imp. Rom.* qui liber a Ge. Grævio primum separatim recusus, & postea *thesauro Antiq. Rom.* insertus est. Quum itaque principes & populi & pontificum jura ad se solos traxissent nullo adversante, non mirum sane est, eodem arrogationibus suam interposuisse auctoritatem.

§. CLXXX.

Jam quæritur quænam sit arrogationis natura. Vidimus in definitione per eam ex homine sui juris fieri aliquem hominem alieno juri subjectum. Inde sequitur eam esse speciem capitis deminutionis, & quidem minimam. Quum autem nemini invito jura sua adimi possent, recte inde collegerant veteres, (1) consensum filii arrogandi requiri. Auctor fieri debet arrogandus, & hinc interrogandus est primum an patiatur hoc fieri, *L. 11. ff. de his qui s. &c.* (2) Sequebatur porro liberos & bona arrogati transire in potestatem & dominium arrogatoris. Nam in cujus potestate est persona principalis, in ejus etiam sunt omnia accessoria, adeoque & liberi & bona arrogati transeunt tamquam accessoria in potestatem arrogatoris. Hinc ve-

veteres arrogationem vocarunt modum adquirendi universalem, *Vid. Inst.* §. 1. *de adquis. per arrog.* quia arrogator cum arrogato omnia ejus bona juraque adquirebat, præterquam quæ capitis deminutione tollebanrur. (3) Sequebatur, impuberem arrogari non potuisse. Quum enim non sit tantum ejus animi judicium, ut sciret quid ei expediret, adeoqne nec consentire vel auctor fieri posset, nec poterat profecto arrogari, *Posse objicere* tutorem potuisse auctoritatem interponere. Ast resp.: *tutela est vis & potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem se defendere nequit.* Potest ergo pupillum tutor tueri, non autem eum in arrogationem dare, quod sane potestatem tutoris excedit. Enimvero cum olim pupillus absolute arrogari non posset, Antoninus Pius imp. hoc quidem indulsit, sed hanc tamen arrogationem impuberum tot circumscripsit limitationibus, ut non facile quemquam repertum iri existimem, qui his legibus arrogare velit. Videbimus eas conditiones.

## §. CLXXXI.

Antonius Pius nimirum requirit (1) *consensum propinquorum*, horum enim maxime interest; nam quia mortuo impubere certi forent ejus heredes, quod impubes testamentum condere nequit; hinc æquum putavit imperator, iis jus succedendi quæsitum non invitis auferri. Jussit itaque eorum consensum adhiberi. (2) *Auctoritatem tutorum*, quia ad supplendum defectum judicii in pupillo opus est hac auctoritate, maxime ubi periculum læsionis imminet, uti in arrogatione. (3) *Cognitionem caussæ.* Debet enim magistratus inquirere, an ex bono animo arrogare velit? an justa arrogandi caussa? an arrogator jam liberos habebat, nec ne? an hæc arrogatio pupillo expediat? &c. (4) *Fidejussionem* vel *satisdationem*, qua caveatur (a) *propinquis*, quod mortuo inter pubertatis annos arrogato bona ejus omnia illis restituturus sit: (b) *ipsi pupillo*, quod si eum sit emancipa-

turus vel exheredaturus, ei velit restituere non modo bona quæ ad patrem attulerat restituturum, verum etiam quartam bonorum suorum, §. 3. *Inst. h. t.* De hac quarta maxima quæstio oritur, utrum intelligenda sit quarta omnium bonorum, an quarta portionis legitimæ? Nam si verba de omnibus bonis intelligenda videntur, sic melior conditio erit arrogatorum quam naturalium liberorum, qui nonnisi portionem legitimam ex bonis paternis possunt prætendere. Quid ergo statuendum? Resp. Omnium bonorum quarta intelligenda, (α) quia ita expresse dicitur §. 3. *Inst. h. t. L.* 2. *C. de adopt.*, *L. ult. ff. si quid in fraud. cred.* (β) quia quarta hæc non petitur querela inofficiosi, uti portio legitima, sed potius judicio familiæ erciscundæ. §. 8. §. 15. *ff. de inoff. Test. L.* 2. §. 1. *Fam. ercisc.* Atque ita melior erit conditio arrogatorum liberorum, quam ipsorum naturalium? Resp. Non erit. Nam cum supra diximus, arrogare non posse ordinarie qui liberos naturales habet, facile patet nec iis præjudicium inferri posse, si vel maxime arrogatus accipiat quartam omnium bonorum. Ita optime rem exposuit Vinnius in *comment. ad Inst. h. t.*

## §. CLXXXII.

Jam de arrogationis *effectibus*. De istis regula: *Eodem jure gaudent arrogati quo ipsi naturales*. Nam rediguntur in patriam potestatem. Hinc (1) adsumunt nomen arrogatoris, sed tamen apud Romanos & suum retinebant leviter inflexum. Sic cum Augustus ante adoptionem vocaretur Octavius, postea dici cæpit Julius Cæsar Octavianus. Sic quoque P. Æmilius post adoptionem a Scipione factam dictus P. Cornelius Scipio Æmilianus. (2). Arrogatus a nobili fiebat nobilis, a plebejo plebejus; quod hodie cessat, quia nobilitas non est in arbitrio privatorum, sed a summa potestate in præmium virtutis conceditur. Sed (3) id singulare & probe observandum, quod arrogatio quidem tribueret jura agnationis, non autem jura sanguinis,

nis vel cognationis *L.* 23. *ff. h. t.* Id est, arrogatus quidem fiebat propinquus patri arroganti, omnibusque, qui ex ejus familia erant, non autem uxori arrogatoris, vel familiæ. Hinc uxor arrogatoris non erat ipsi mater, ejus frater non erat ipsis avunculus, ejus soror non fiebat arrogati matertera. Contra, arrogator fiebat pater, arrogatoris frater patruus, ejus soror fiebat amita &c. Inde sequebatur demum (4) ut arrogatus & patri atrogatori succederet, & omnibus ejus propinquis tamquam agnatus: non autem matri, non matris propinquis, §. 2. *Inst. de legit. agn. success.* Hæc de arrogatione: proximum est, ut de adoptione stricte dicta agamus.

## §. CLXXXIII.

Hactenus de arrogatione, jam de *adoptione* proprie sic dicta, quam ita *definimus*. Adoptio est actio legis, qua liberos, qui in parentum potestate sunt, adoptamus imperio magistratus. Dicimus (1) *actionem legis*. Supra enim (§. LXIX.) vidimus actiones legis vocari quæ (α) coram certo magistratu, (β) sollemni ritu & formula, (γ) sine procuratore, conditione & die erant explicandæ. Talis vero erat adoptio. Nec enim privatim fieri poterat; sed coram magistratu, apud quem legis erat actio, quales erant consules, proconsules, prætores, præsides provinciarum. Explicanda etiam erat solemni ritu & formula: nam filius a patre alteri adoptanti ter vendebatur per æs & libram, seu mancipationem, & emptor utebatur formula, *hunc ego hominem meum esse ajo, est enim mihi emtus hoc ære, hac æneaque libra*. Vid. *Antiq. Rom. nost. h. t.* Ita & paullo post videbimus, adoptionem nec per procuratorem fieri potuisse, nec sub conditione, nec in diem. Adeoque cum omnia adsint requisita actionum legis, adoptio recte ita definitur. Addimus, *qua liberos, qui in parentum potestate sunt, adoptamus imperio magistratus*; quibus verbis adoptio ab arrogatione discernitur. Hac enim, ut supra vidimus, adoptantur homines sui juris, vel patres

familias; adoptione contra filiifamilias. Deinde arrogatio fit imperio principis: adoptio imperio magistratus, & quidem cujusvis, quamvis non sit competens, quia est actus voluntariæ jurisdictionis.

## §. CLXXXIV.

Ex hac ergo definitione facile responderi potest ad *quæstiones*: (1) qui adoptentur? (2) quomodo adoptio fiat? (3) quis ejus effectus sit? *Ad Imam* quæstionem quod attinet: quinam adoptentur, ex definitione respondemus: *liberi, qui in potestate parentum sunt.* Ex quo colligimus, (1) *patris consensum sufficere.* In arrogatione aliter se res habet, ubi & arrogandus debet consentire & auctor fieri (§. 180.). Hic autem perinde est, sive filio placeat adoptio, sive displiceat, modo pater, cujus in potestate est, consentiat. *L.* 5. *ff. h. t.* Ratio hæc est. Filius in patria potestate constitutus a patre ter poterat venundari (§. 138.). Adoptio autem nihil aliud erat, quam trina venundatio imaginaria, ut superiore §. docuimus. Quemadmodum itaque in venditione non requirebatur filii consensus, ita nec in adoptione. (2) *Infantes etiam in adoptionem dari & adoptari posse. L.* 42. *h. t.* Arrogari non poterant impuberes, nisi multis adhibitis cautionibus, de quibus §. 181. actum: adoptari vero possunt infantes. Cur? quia modo vidimus, eorum consensum non requiri in adoptione. Poterat pater & infantem sanguinolentum vendare. *L.* 2. *C. de patr. qui fil. distrax.* ergo & infantem in adoptionem dari nihil prohibebat. (3) *adoptari non posse liberos ex concubina natos, L.* 7. *C. de nat. lib.* Quia enim adoptantur liberi in potestate constituti, secundum definitionem nostram §. antecedente expositam, liberi autem extra matrimonium ex concubina nati non sint in patria potestate, quippe quæ tantum ex justis nuptiis nascitur (§. 144.), facile patet, liberos naturales vel ex concubina natos adoptari non posse.

§. CLXXXV,

§. CLXXXV.

Deinde II.) *quæritur, quomodo fiat adoptio?* Resp. ex definitione, 1) eam fieri debere imperio magistratus, apud quem erat legis actio, quam jam §. 183. explicavimus. 2) Eam nec ad tempus, nec per tabulas s. epistolam, nec sine sollemni juris ordine fieri posse. Nam hoc natura legis actionum requirit. Nec diem illæ admittunt, nec procuratorem; sed a quolibet in propria persona sunt explicandæ. Ritum antiquum supra vidimus: hodie illis ambagibus & venditionibus non amplius opus est. Sufficit enim, a) si pater naturalis & adoptivus adeant judicem quemcumque, quamvis non sit competens; b) si declarent coram eo, se velle in adoptionem dare & adoptare hunc puerum, c) rogentque, ut hoc in acta referatur. Eo enim actu totum negotium perfectum habetur. Sustulit enim Justinianus veterem ritum, & hunc novum introduxit *L. ult. C. de adopt.*

§. CLXXXVI.

Superest III.) quæstio, *quis sit hujus adoptionis effectus?* Hic vero sciendum, jus vetus & novum hac in re maxime differre. *Jure vetere* adoptionis & arrogationis effectus erat unus idemque, nempe patria potestas. Hinc Cajus & Lucius, Cæsares, quos Augustus adoptaverat, non minus erant ejus filii, quam Tiberius, quem postea arrogabat. Adoptio enim omnis erat modus adquirendi patriam potestatem *L. 23. pr. L. 37. §. 1. ff. de adopt.* At *Jus novum* a Justiniano in *L. pen. C. h. t.* invectum rem plane mutavit. Hinc enim imperator distinguere nos jubet utrum adoptio facta sit ab aliquo adscendentium; veluti ab avo materno, an ab extraneo? Si quis adscendentium adoptat, ille adquirit patriam potestatem; & hinc est, quod hæc adscendentium adoptio a doctoribus *plena* & *perfecta* dicitur. Sin extraneus adoptat, patria potestas non transfertur ad adoptantem, sed penes matrem naturalem manet, adeoque adoptivus hoc casu magis *alumnus* fit, quam filius; unde & *imperfectam* vel *minus plenam* hanc

adoptionem vocant doctores. Existimare quis posset, ita nullum esse adoptionis minus plenæ vel imperfectæ effectum, quia ea non adquiratur patria potestas. Sed respondetur, illam non omnino carere effectu. Nam adoptivus, quamvis non fiat filiusfamilias, ei tamen tamquam filius succedit ab intestato, §. 2. *Inst. h. t.* Dico, *ab intestato*. Nam nihil prohibet, quominus adoptans, condito testamento, eum prætereat, & a sperata hereditate excludat. Regula enim, quod liberi sint aut instituendi aut exheredandi, tantum ad suos vel in potestate constitutos pertinet, non ad extraneos, quorum in numero etiam est imperfecte adoptatus. Unde & id singulare est, quod, cum alias jura successionis sint reciproca, id hic non observetur: adoptivus enim hic succedit patri ab intestato, sed non adoptans adoptivo succedit. Quia enim hic in potestate patris naturalis manet, hic in filii sui hereditate adoptanti præfertur.

## §. CLXXXVII.

Subjicimus quædam *de usu hujus doctrinæ hodierno*, adeoque quæritur, *an adoptiones etiamnum usu receptæ sint?* Sunt JCti in Belgio celeberrimi, qui id negant, veluti *Gudelinus*, qui de *jure novissimo* ad Novellas scripsit, & *Arnoldus Vinnius in Comment. ad Inst. h. t. sub fin.* Sed errare illos experientia docet. Multa & exstiterunt & exstant in Germania adoptionis exempla, qualia a Stryckio & Culpisio in singulari dissert. collecta sunt. Nec desunt exempla in ipso Belgio, imo & in Frisia, uti Huberus *in prælect. ad Inst. h. t.* §. 14. docuit. Nec dubium est, quin omnes effectus & hodie locum habeant. Negandum tamen non est, rariores in his regionibus esse adoptiones, quam apud Romanos, quia rarius in climate frigidiore steriles sunt feminæ, quam in calidiore Italia, ubi plerumque mares, antequam ineant matrimonium, festinata venere vires procreandi sobolem deterere solent.

§. CLXXXVIII.

§. CLXXXVIII.

In usu quoque est apud Germanos *Unio prolium*, quam plerique doctores pro adoptionis specie venditant. Dispicimus itaque 1) quid sit, & 2) an cum adoptione quidquam commune habeat? 1. Unio prolium locum habet, quando viduus, qui jam liberos e priore matrimonio habet, viduam *itidem diversorum liberorum matrem* uxorem ducit. Tum enim sæpe parentes pactum ineunt, ut hi liberi privigni cum iis, qui in posterum prodierint in lucem, æquo jure utrique parenti succedant. Id vero pactum fieri debet a) coram magistratu competente, b) prævia caussæ cognitione, ne forte una pars liberorum lædatur, c) constitutas liberis curatoribus, eorumque adhibito consensu. Extat Rickii JCti *tractatus de unione prolium*, ubi plura hanc in rem occurrunt. Jam ergo 2) facile intelligitur, an hæc unio prolium sit adoptioni similis? Negamus vero eam quidquam cum hac commune habere. Nam non est modus adquirendi patriam potestatem. Vitricus ideo non fit pater privignorum, nec ullam in eos potestatem exercet. Est ergo tantum pactum successorium. Talia jure Romano erant prohibita, uti infra Lib. II. Tit. X. dicemus, apud gentes autem originis Germaniæ sunt frequentissima.

## TIT. XII.

## QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

§. CLXXXIX. CXC.

Quia opposita juxta se posita eo rectius intelliguntur, hinc recte, postquam de modis adquirendi patriam potestatem actum, etiam agitur de modis, quibus ea solvitur, vel finitur. Modos illos derivamus ex uno principio, *Quibuscumque modis dominium Quiritarium desinit, iisdem & jus patriæ potestatis solvitur.* Illud demonstramus

hunc in modum. Patria potestas erat dominium in liberos (§. 156.); quumque nulli sint homines, qui tali potestate utantur in liberos, quali utebantur Romani, §. 2. *Inst. de patr. potest.* erat dominium civibus Romanis proprium, adeoque Quiritarium. Ergo quibus modis solvitur dominium Quiritarium, iisdem & *patria* potestas solvitur.

## §. CXCI.

Videbimus ergo jam modos singulos, qui ex hoc principio fluunt. Talis est I.) *mors naturalis.* Mortuus non amplius est in mundo, non potest ergo quidquam habere proprii. Mors omnia solvit. Distinguendum tamen est inter liberos primi & ulteriorum graduum. Primi gradus liberi morte patris statim liberantur patria potestate; ulteriorum graduum non liberantur, si aliquis supersit, in cujus potestatem possit recidere. E. g. (Fig. 11. Tab. II.) Moritur primus relictis duobus filiis, secundo & tertio; ex secundo duobus nepotibus, quarto & quinto; ex quarto pronepote, sexto. Jam hi omnes in primi potestate erant tempore mortis; moriente ergo illo, secundus & tertius patria potestate liberantur, quia sunt primi gradus, quartus, quintus, sextus non liberantur, quia sunt ulteriorum graduum, sed recidunt in potestatem secundi. Fingamus jam & secundum mori, tunc sane quartus & quintus exibunt e patria potestate, utpote primi gradus; sextus in quarti potestatem recidet, non prius liberandus quam quarto mortuo. II.) *Mors civilis*, i. e. capitis deminutio maxima & minima, quæ morti æquiparatur *L.* 209. *ff. de Reg. Jur.* Per maximam enim quis fiebat servus, per mediam peregrinus. Atqui nec servus nec peregrinus poterat aliquem habere in potestate, ergo illa his capitis deminutidem:n solvebatur. III.) Etiam minima capitis tionibusone solvi dicitur patria potestas *per adoptionem plenam*, si adscendens descendentem adoptat; & per *emancipationem*, si quis filium suum

suum e potestate sua dimittit. Sed prior modus magis transfert patriam potestatem quam solvit: posterior proprie eam solvit: sed de ea paullo post.

§. CXCII.

Vidimus, patriam potestatem solvi media capitis deminutione, qua civitatis jura amittuntur; quod jure Romano fit per aquæ & ignis interdictionem, deportationem vel exilium. Sic in exilium a P. Clodio actus Cicero omnia jura civitatis amisit & peregrinus factus est, adeoque & patriam potestatem juris Romani non amplius exercuit in filium & filiam, donec suffragiis populi restitueretur. Quæritur itaque, an & *relegatio* solverit patriam potestatem? Id vero negandum. Inter exilium enim & relegationem multum interest. Illud jura civitatis adimit, & exulem redigit ad peregrinitatem; hæc quidem jus in urbe commorandi adimit, sed salvo jure civitatis. Sic e. g. Ovidius ab Augusto ob delictum, nescio quod, relegatus fuerat in Pontum, sed non ideo desinebat esse civis Romanus; unde ipse exilium & relegationem accurate distinguit; sibique gratulatur, quod non exsulem eum fecerit, sed tantum relegarit imperator. Hinc *L. V. Trist. Eleg.* 2.

Nec vitam, nec opes, jus nec mihi civis ademit,
Nil nisi me patriis jussit abesse focis.
Ipse relegati, non exsulis, utitur in me
Nomine.

Quum itaque per relegationem jura Quiritium non adimerentur, ea nec dominium juris Quiritium tollebatur, adeoque nec patria potestas solvebatur relegatione, id q. e. d. Ex eodem patet, nec per *dignitatem* sublatum esse jus patriæ potestatis. Hinc sive consul esset filius, sive prætor, sive sacerdos; manebat tamen filiusfamilias, & ratione officii quidem pro patrefamilias habebatur, sed domi erat in potestate patris, & quidquid adquirebat, patri adquirebat. Luculenter id docet Dionys. Halicarnass. *L. II. Antiq. Rom.* ubi refert, sæpe

sæpe filios magistratum gerentes, & cum plausu publice concionantes, e rostris detractos fuisse a patribus, & per servos verberibus adfectos, si quid turbarum in rep. dare viderentur. Maneat lege fixum & firmum, non solvisse potestatem patris filii dignitatem.

§. CXCIII.

Sed & hæc mutavit Justinianus, qui ob aliquot dignitates patriam potestatem finiri voluit. Et 1) initio quidem id privilegium concessit *patriciis L. ult. C. de Consul.* Per patricios autem hic non intelliguntur qui ex gente patricia nati, uti olim id discrimen observatum Romæ novimus a tempore Romuli; sed a temporibus Constantini M. ita vocari solebant *primarii principis administri*, quibus imperatores tamquam patribus utebantur, & quale superiore sæculo in Gallia fuere Cardinales Richelieu & Mazarinus. Hos, si filii familias essent, patria potestate liberavit Justinianus, absurdum esse ratus, eum privati potestati subesse, quem ipse princeps pro patre habeat. 2) Quemadmodum autem fieri solet, ut honor uni habitus mox ab aliis ambiatur, ita paullo post simile privilegium impetrarunt episcopi, tamquam spirituales patres, *Nov.* 81. *c.* 3. nec non cousules, præfecti prætorio, præfecti urbi, magistri militum, & patroni fisci. *Nov.* 81. *c.* 1. juncta *L. ult. C. de decur.* Quæri potest, an hoc privilegium & beneficium dici potuerit, si quis patria potestate liberaretur? Videri posset, quod non: quia filiifamilias parenti ab intestato succedebant, non autem emancipati, & hinc potius onus erat quam beneficium potestate patria liberari. Sed respondetur, omnino id fuisse beneficium. Nam a) ita fiebat, ut quidquid adquirerent, non patri sed sibi adquirerent, quum alias filius adquirat patri. b) Justinianus dicta *lege ult. C. de consul. & Nov.* 81. *c.* 2. iis expresse reservaverat jura familiæ. Ergo, quamvis patria potestate excederent, nihilominus tamen retinebant jus succedendi. Itaque in favorabilibus manebant jura familiæ, in odiosis illa cessabant.

§. CXCIV.

§. CXCIV.

Diximus §. 191. *emancipatione* etiam tolli patriam potestatem. De ea igitur jam agitur paullo prolixius. *Mancipare* Romanis erat vendere aliquid per æs & libram, adhibitis nempe 5. testibus civibus Romanis, antestato & libripende. Ergo & *emancipare* liberos nihil aliud est, quam liberos per sollemnem hujusmodi venditionem triplicem ex potestate sua dimittere. Quotiescumque ergo pater sponte filium e potestate sua hoc ritu dimittebat, toties dicebatur, emancipare. Et sane id principio nostro (§. 190.) quam maxime est consentaneum. Quemadmodum alias res in dominio nostro constitutas per venditionem possumus abdicare, ita & liberos. Est tamen hæc emancipatio triplex, *vetus*, quæ est ex XII. Tabb. derivata; *Anastasiana*, inventa ab Anastasio imperatore *L.* 5. *C. de emancip. lib.*; & *Justinianea*, quam Justinianus introduxit, *L. ult. C. de emanc. lib.* Jam de singulis seorsim.

§. CXCV.

Prima est *vetus*, qua pater præsentibus 5. testibus libripende & antestato vendebat filium ter, & toties tamquam servum manumittebat. Nimirum primo pater filium alteri præsentibus 5. testibus vendebat, emptorque nummo in libram injecto dicebat, *hunc hominem jure Quiritium meum esse ajo, est enim mihi emptus hoc ære, hac aneaque libra.* Eo facto antestatus tangebat 5. testium auriculas, eosque monebat, ut memores essent hujus venditionis. Hinc porro filius ita venditus tamquam servus manumittebatur. His peractis iterum eodem modo vendebatur & manumittebatur, idemque & tertium repetebatur iisdem ritibus. Et tunc ter venditus, totiesque manumissus filius erat sui juris. Rationem hujus ritus ex XII. Tabb. dixi arcessendam. Illis enim cautum fuerat, ut pater posset ter filium venundare (§. 138.) 2). Ergo ter venundatus in speciem & ter manumissus patria potestate exibat. Observandum

ad-

adhuc filiam quoque & nepotes emancipari potuisse, sed in illarum, & horum emancipatione semel tantum factam esse venditionem. Ceterum iste ritus duravit usque ad tempora Anastasii imperatoris, quibus temporibus exspiravit.

§. CXCVI.

Tunc enim novus invaluit emancipandi modus, quia Anastasius imp. *L. 5. C. de emanc. lib.* sanxerat, ut si pater liberos emancipare vellet, is tantum rescriptum a principe impetraret, eaque emancipatio ejusdem esset effectus ac illa vetus per venditiones imaginarias facta. Hic ergo requirebantur 1) litteræ supplices, principi a patre offerendæ, 2) rescriptum principis, quo filium pro emancipato declararet. Sed & hoc non parum videbatur molestum. Nam si quis e. g. civis in Africa habitans vellet filium emancipare, is litteras supplices Constantinopolim tenebatur mittere, & ibi impetrare rescriptum; id quod fieri non poterat sine magno temporis & pecuniarum dispendio. Visum ergo est Justiniano & hoc emendare, & invenire modum emancipandi longe facillimum, de quo §. seq. agitur. Ejus materiæ sedes est in *L. ult. C. de emancip. liber.*

§. CXCVII.

Nimirum *Justinianea emancipatio* fit non coram principe, sed coram judice, & quidem non coram judice competente, sed coram quocumque, quia est actus voluntariæ jurisdictionis. Requiritur itaque, 1) ut adeatur judex qualiscumque sive die feriato sive judiciali, sive pro tribunali sedeat judex, sive domi sit. Nam actus voluntariæ jurisdictionis, quia nec citationem nec caussæ cognitionem requirunt, & diebus feriatis & extra judicium possunt explicari, *L. 2. L. 8. C. de feriis*; §. 2. *Inst. de libertinis.* 2) Ut filius adsit & consentiat. Hodie enim emancipari non potest invitus sed consentiens, *L. 5. C. de emanc. lib. Nov. 89. c. 11.* 3) Ut declaret pater, se hunc filium velle e patria potestate dimittere, & filius declaret sibi hanc voluntatem patris placere. 4) Ut

Ut judex hæc referat in acta, vel, uti hodie loquuntur, ut inscribat Protocollo. Eo enim facto statim perfecta censetur emancipatio per *L. ult. C. de emanc. lib.*

## §. CXCVIII.

Quæritur autem an & invitus pater ad emancipandum cogi possit? Id ordinarie negatur ex eodem nostro principio (§. 190). Patria enim potestas est dominium in liberos. Quemadmodum ergo invitus nemo cogitur ad alienandum & abdicandum dominium suum, ita & pater cogi non potest ad emancipandos liberos in potestate sua constitutos. Sed in §. *ult. Inst. h. t.* dicitur, *pater nullo pene modo cogitur*; non dicitur absolute eum cogi non posse, sed nullo pene modo cogi posse, ex quo patet, esse quasdam ab hac regula exceptiones, i. e. quosdam casus, quibus & invitus pater cogitur emancipare liberos. Eos videbimus. Doctores plures numerant, eosque memoriæ caussa his versiculis includunt:

(a) *Si genitor sævus sit*, (b) *prostituatque pudorem*

*Natæ*, (c) *aut pupillo forsan damnosus adoptet:*

(d) *Legatum aut* (e) *nummos capiat si hac conditione*,

*Invito solvi poterit genitore potestas.* Sed nos in nota huic §. subjuncta notavimus, aliquos horum casuum falsos esse, & tres tantum caussas esse, ex quibus pater cogi possit ad emancipationem. Earum (1) est si pater filiæ pudorem prostituat; i. e. si pater agat lenonem & filiam cogat, ut quæstum turpissimum corpore faciat. Quum enim hujusmodi nebulo non dignus sit nomine patrio, leges etiam illum cogunt, ut filiam e potestate sua dimittat, *L. 12. C. de episc. audient*; *L. 6. C. de spectac.* (2) si pater exponat vel exponi patiatur infantem, tunc si infans iste ab alio nutritur & educetur, pater tam ἄστοργος non gaudet ulla potestate in illum, adeoque nec ejus heres erit, si vel immensas divitias adquisiverit expo-

si-

sititius, *L.* 2. *de inf. exposit.* (3) Si pater incestas nuptias contraxerit, e. g. si materteram, amitam, socrus sororem uxorem duxerit, tunc enim liberi ex superiore matrimonio superstites ex ejus potestate liberantur, etiam invito patre, *Nov.* 12. *c.* 2. Reliqui casus à doctoribus addit in legibus, ut jam præmonui, & in nota * demonstravi, nullum reperiunt fundamentum.

## §. CXCIX. CC.

His ultimis §§. more & ex instituto nostro de usu hodierno hujus tituli sumus solliciti, & hinc observamus, morte quidem etiamnum solvi patriam potestatem, sed (1) emancipationem veterem & Anastasianam ab usu recessisse. Faciliore enim introducto modo nemo hodie erit tam stolidus, ut difficiliore & cum multis sumptibus conjuncto uti malit. (2) Justinianam adhuc receptam esse, sed paullo rariorem. Adhuc tamen frequentatur illa in emporiis, quoties filii mercatorum singularem auspicantur negotiationem, tunc enim ne homines vereantur cum filiofamilias contrahere, emancipare pater solet filium mercatorem futurum in curia. (3) Plerisque locis hodie liberos per nuptias & separatam œconomiam tacite exire patria potestate. Dico, *per nuptias & separatam œconomiam*, idque intelligendum conjunctim in filio: in filia autem solæ nuptiæ sufficiunt, quippe per quas filia statim transit in aliam familiam, quæ omnia jure Rom. secus se habebant. (4) Jure Lubecensi & Westphalico obtinere separationem liberorum. Si enim pater viduus transit ad secundas nuptias, tunc liberos prioris matrimonii a se separat, iisque adsignat portionem bonorum suorum. Eo facto liberi separati contenti esse tenentur iis bonis, nec cum liberis secundi matrimonii hereditatem patris cernunt. E. g. (*Fig.* 12. *Tab. II.*) fingamus, primum ex matrimonio priore suscepisse duos liberos, 2dum & tertium, & hinc ad secunda vota transire. Liberis his adsignat partem di-

dimidiam bonorum, quæ tunc extant 10000; ergo tunc liberi separati accipiebant 5000. Postea ex secunda uxore procreat itidem duos liberos, quartum & quintum, & moriens relinquit 100000. Tunc totam hanc substantiam capiunt liberi duo posterioris matrimonii; priores tamquam separati contenti esse debent portione sibi adsignata. At si contra contingat, ut pater prioribus adsignarit 50000. & deinde ante mortem bonis lapsus nihil reliquerit, tunc nec posterioris matrimonii liberi quidquam ab illis repetere possunt.

## TIT. XIII.

## DE TUTELIS.

### §. CCI.

SUccedit ultima hominum divisio, s. subdivisio potius. Prima erat, quod homines sint vel liberi, vel servi; liberi vel ingenui, vel libertini; & de hac divisione prima actum a Tit. II. usque ad VII. Deinde homines alii erant vel *sui juris*, vel *alieno juri subjecti*. Qui alieno juri subjecti erant, vel in *dominica potestate*, de qua actum Tit. VIII, vel in *patria potestate*, de qua a Tit. IX. usque ad Tit. XII. Jam porro *homines sui juris* vel sunt in *tutela*, vel *in curatione*, vel *neutra jure* tenentur. Hinc jam sequitur materia elegans & vere practica de *tutela & curatela*. Et quidem consideratur, (1) quid sit tutela? Tit. XIII. (2) quotuplex sit? Tit. XIV. XX. (3) quod sit tutorum officium? Tit. XXI. (4) quid curatela? Tit. XXII. (5) quomodo tutela finiatur? Tit. XXIII. usque ad finem hujus libri.

### §. CCII.

I. Quid sit tutela? Tit. XIII. *Tutela* est juris naturæ & gentium. Interest enim reipublicæ, interest societatis humanæ, ut qui se ipsos regere & tueri non possunt, illi alieno auxilio regantur. Hinc non modo Romani, sed & Græci, imo omnes

omni-

omnino gentes, sola recta ratione duce tutores constituerunt iis, quibus opus erat aliorum tuitione & auxilio; & quidem quod ad Romanos attinet, illi præficiebant tutores (1) *impuberibus* vel *pupillis*. In hac enim ætate tam infirmum & lubricum esse solet hominum judicium, ut facile possint labi, decipi, res suas prodigere, nisi ab aliis regantur. Nota sunt illa Horatii in art. poet.

*Imberbis juvenis tandem custode remoto*
*Gaudet equis canibusque, & aprici gramine campi,*
*Cereus in vitium flecti, monitoribus asper.*

Jam deme his omnibus tutores, & frenum demes equo feroci; da ipsis libertatem, & gladium dabis furioso. Opus ergo pupillis erit tutoribus (2) *feminis*. Nam & hic sexus fragilis est, varium & mutabile semper femina, facile decipi se patitur, maxime si nox & amor vinumque nihil moderabile suadeat. Volebant itaque Romani, ut mulieres essent sub tutela proximorum agnatorum. Et in eo quidem deterior erat mulierum quam pupillorum conditio; quod, cum hi puberes facti tutela liberarentur, feminæ essent in perpetua tutela, nisi vel (a) nuptiis in manum viri convenirent, vel (b) tres liberos essent enixæ, tunc enim jure trium liberorum illa tutela finiebatur. Hæ itaque personæ in tutela erant apud Romanos. Sub curatoribus autem erant (3) *puberes*, qui vel ob ætatem vel alias caussas res suas administrare non poterant, veluti *minorennes*, *furiosi*, *perpetuo morbo laborantes*. Ita jure vetere Rom. se res habebat; an & novo? Omnino, nisi quod Justinianus tutelam feminarum plane abrogavit, adeo ut hodie in toto corpore juris nec vola nec vestigium hujus tutelæ occurrat. Saltem usque ad tempora Justiniani mansisse illam, demonstravimus in *Ant. nost. Rom. h. t.*

§. CCIII.

Jam sequitur *definitio tutelæ*. Servius Sulpicius princeps JCtorum tempore Ciceronis, ita definit tutelam: Tutela est *vis & potestas in capite libe-* ro

*ro ad tuendum eum, qui per ætatem ipse se tueri nequit, jure civili data vel permissa*, *L.* 1. *pr. ff.* §. 1. *Inst. h. t.* In hac definitione, ut fit, multa desiderant doctores. Nam (1) putant tam esse obscuram, quia dicit, est vis & potestas *in capite libero.* Quid caput liberum? Cur non clarius dixit, *est vis & potestas in pupillo?* (2) Eam esse ambiguam dicunt. Nam sensum horum verborum esse posse, quod tutor debeat esse caput liberum, & quod pupillus esse debeat caput liberum. Ergo elocutionem hanc esse æquivocam. (3) Esse eam verbosam sine ratione. Nam vis & potestas esse vocabula synonima, & alterutram suffecisse. Sed definitio omnino est optima, modo recte intelligatur. Nimirum *caput liberum* est *homo sui juris,* Gell. *l.* 5. *c.* 19. Ulpian. *Fragm. Tit. XI.* §. 5. Eo autem vocabulo generali usus est Servius, quia ejus ætate non modo pupilli, sed & feminæ erant in tutela. Deinde non abs re junxit *vim & potestatem*, quia *vis* significat potestatem cum coercitione conjunctam, *potestas* eam, quæ sine coercitione est. Jam in feminas tutores habebant potestatem, non vim. In pupillis adhuc infantibus exercebant vim, in pubertati proximis potestatem. Sensus ergo definitionis hic est: *Tutela* est *vis* (in infantibus) & *potestas* (in adultioribus) *in capite libero* (i. e. femina & pupillo) *ad tuendum eum* (additum fuisse videtur: *eamve*) *qui* (additum procul dubio fuit: *quæve*) *propter ætatem* (additum fuit: *vel sexum*) *se sponte defendere nequit.* Talis olim fuisse videtur Servii definitio, sed videtur Tribonianus, quia ejus temporibus feminarum tutela ab usu recesserat, ea, quæ in parenthesi posuimus: resecasse.

§. CCIV.

Fuit jam ex hac definitione axioma; Tutela est munus publicum, *pr. Inst. de excus. tut.* Id recte intelligendum. Non dicimus tutelam esse officium publicum, nam tutor nec partem reipublicæ administrat, nec dignitate aliqua fulget, nec salarium accipit, sed est manetque persona privata,

ta. At dicimus tutelam esse *munus publicum.* Munus autem publicum est onus, quod omnes cives publica auctoritate & publico jussu subire tenentur. *L. 214 pr. ff. de V. S.* Cum ergo & tutoribus hoc onus imponatur publica auctoritate, nempe per legem & magistratus, quumque illud subire omnes teneantur, quibus non est justa excusatio, hinc recte tutela dicitur munus publicum.

§. CCV.

Jam videbimus quid ex hoc axiomate fluat. Inde nimirum duæ fluunt conclusiones: (1) *Quod filii familias recte constituantur tutores pr. Inst. qui test. tut. dar. poss.* Cur vero? Ratio est in §. 159. in nota * quia nimirum filius familias in muneribus publicis pro patre familias habetur: *L. 9 ff. de his qui sui vel &c.* Ergo & tutelam, quippe quæ est munus publicum, gerere possunt. (2) *Quod nec servi nec peregrini nec mulieres tutores esse possint.* Non servi & peregrini, quia tutela est munus publicum, cujus non sunt capaces, nisi cives. Nec mulier, quia ipsa olim erat sub tutela, adeoque alios regere non poterat. Accedit, quod nec mulieres habiles sint ad subeundum munus publicum & personale. Sed hæc posterior tamen regula admittit exceptionem. Nam Justinianus *Nov.* 118. *cap.* 5. sanxit, ut non modo ad tutelam admitterentur mater & avia, sed etiam reliquis agnatis omnibus anteferrentur. Ratio, quæ Justinianum movit, est insignis amor, quo complecti liberos & nepotes solent mater & avia, qui tantus esse solet, ut in eas vix cadat suspicio malæ administrationis. Sed tamen hæ quoque feminæ non fiunt tutrices liberorum, nisi his observatis conditionibus: (1) ut renuncient secundis nuptiis, & (2) privilegio SC. Vellejani, ex quo alias mulieres pro aliis fidejubentes non obligantur.

§. CCVI.

Vidimus, qui tutores esse possint: jam dispicien-

ciendum, quibus casibus tutores dati, vel impediantur, vel eorum administratio suspendatur? Id vero ex fine tutelæ judicandum, qui est *ut tutor tueatur eum, qui per ætatem se sponte defendere nequit.* (§. 203) Quicumque ergo id præstare nequeunt, illi nec tutores esse possunt. Tales vero sunt: (1) *Minorennes.* Minorennes enim, cum ipsi subsint curatoribus, quomodo aliios tueantur? (2) *Furiosi & mentecapti*: nam qui nesciunt ipsi quid agant, quomodo hi aliis prospiciant? (3) *Surdi & muti*, quia si vitium hoc conjunctum sit, ut simul & surdi & muti sint, parum differunt a furiosis & mentecaptis; ideoque tutores esse non possunt. Quamvis vero hæc verissima sint, tamen distinguendum est inter tutelam testamentariam, legitimam & dativam. Si enim tutores testamento dati sint, minorennes, furiosi, surdi & muti; tunc ob hæc vitia tutela non finitur, sed suspenditur, i. e. manent tutores, sed administratio ipsis non conceditur. Potius interea curator constituitur, donec fiant majorennes, vel resipiscant, vel audire & loqui cœperint. Quod si autem tutor legitimus vel dativus minorennis sit, vel furiosus, vel surdus & mutus, non fit tutor: vel si factus sit, & postea incipiat insanire, vel surdus mutusve fieri, statim finitur tutela, & alius tutor constituitur. Hæc differentia probe observanda, quæ fundamentum habet *L.* 10. *§. 7. ff. de excus. tutor.*

§. CCVII.

Vidimus, qui tutores dari possunt; jam quæritur, *quibusnam dentur tutores?* Ex definitione nostra §. CCIII. respondemus: *capitibus liberis, quæ se sponte defendere non possunt.* Inde vero fluunt 4. conclusiones: (1) Tutor datur primario personæ, non rebus, §. 4 *Inst. qui. test. tut. dat.* & in eo *tutor* differt a *curatore*, qui primario rei, non personæ datur. Dico autem tutores *primario* dari personæ; nam secundario etiam res & patrimonium pupilli administrant. Sed cur hoc receptum est principium? Quia in definitione tutela diserte vocatur vis & potestas in capite, non

in

in ejus rebus, vel patrimonio. (II.) *Patrem habenti tutor non datur.* L. 239. *ff. de V. S.* Cur hoc? (α) quia, dum pater vivit, filius satis defenditur, (β) quia, dum pater vivit, filius in ejus potestate vivit, adeoque non est caput liberum s. homo sui juris, ad quos solos tutela pertinet. (III.) *Servo tutor non datur*, *L.* 17. *ff. de tut. dat.* ob eamdem rationem, quia servus est in potestate dominica heri, adeoque non est caput liberum, ergo nec tutorem habere potest. (IV.) *Peregrino tutor non datur.* At, inquis, hic quoque, si pupillus est, defensione indiget, & est sane caput liberum, quia non omnes peregrini servi sunt. Sed respondeo: indigent etiam aliorum defensione peregrini, sed non præcise indigent tutela juris Romani. Sunt etiam libera capita, sed in patria sua, non Romæ, quum non gaudeant libertate Quiritum. Cic. *pro Cæcin. c.* 33. Ergo tutorem quidem accipiunt peregrini, sed ex jure patriæ suæ, non ex jure Romano; quemadmodum & nuptias faciunt peregrini, testamenta condunt, hereditates legitimas adeunt, sed non ex jure Romano, cujus peregrini non sunt participes.

## §. CCVIII. CCIX.

Superest vero ultima quæstio, quotuplex sit tutela? Respondemus, esse triplicem: *Testamentariam*, quando pater liberis tutorem dat testamento: *Legitimam*, quando tutelam suscipiunt personæ, quas ipsa lex ad tutelam vocat, quales potissimum sunt agnati, patroni, parentes, fratres. Et *dativam*, quando magistratus pupillis tutorem constituit. Ergo *testamentarios* ad tutelam vocat *testator, legitimos lex, dativos* magistratus, vel prætor. Inter has species tutelæ is ordo observatur, ut (1) omnibus præferantur tutores testamentarii; adeoque quamdiu hi adsunt, legitimi non admittuntur. (2) Ut si nullus sit tutor testamentarius, tunc legitimi tutelam suscipere possint. (3) Ut si alterutra tutela deficiat, magistratus tutorem constituat.

Fun-

Fundamentum hujus divisionis repetendum est ex XII. Tabb. In illis occurrebat lex: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* Inde colligebant veteres, tutelam similem esse hereditati. Jam (1) quemadmodum testamentarius heres omnes alios excludit, ita & tutor testamentarius. (2) Quemadmodum, ubi heres institutus non est, ibi succedunt heredes legitimi, vel ab intestato: ita & deficiente tutore testamentario legitimi vocantur. (3) Quemadmodum prætor in subsidium quibusdam dabat bonorum possessionem, ita & in subsidium dat tutorem iis, quibus nec testamentarius, nec legitimus tutor est. Hoc est fundamentum hujus divisionis. Jam de singulis hujus tutelæ speciebus agitur singularibus titulis, & primum quidem de *testamentaria.*

## TIT. XIV.

## QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

### §. CCX.

Prima itaque tutelæ species est testamentaria, cujus ante omnia origo & ratio explicanda est. Descendit autem ex XII. Tabb., in quibus lex: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* Jam supra diximus, liberos ratione patris jure Romano esse res, non personas, §. 135. Quum itaque permittat lex patribusfamilias legare, i. e. testamentum condere super tutela suæ rei, consequi videbatur, uti testari etiam posset de tutela suorum liberorum. Habetis originem hujus tutelæ. Jam inde fluit axioma: *Pater liberis, in potestate sua constitutis & in alterius potestatem non recasuris, potest tutores testamento, vel codicillis testamento confirmatis, dare.* 1) Dico, *pater* id potest. Nam lex dixerat: paterfamilias uti legassit &c. Non ergo hæc pote-

stas competit matri, aviæ, fratri, sorori, sed soli patri. Dico 2) *liberis in potestate sua constitutis* potest dare tutorem. Testari enim ex Leg. XII. Tabb. debet de tutela suæ rei, non ergo de extraneis, sed de liberis suis, quos ratione patris res esse diximus, §. 135. Dico 3) *& in alterius potestatem non recasuris.* Tales sunt nepotes, qui mortuo avo in patris sui potestatem recidunt, his vero tutor dari non potest propter regulam, quam habuimus §. 207. *patrem habenti tutor non datur.* Hic sensus est axiomatis; hæc ejus ratio. Jam ex eo facile potest judicari quodnam sit verum hujus tutelæ testamentariæ fundamentum.

§. CCXI. CCXII.

Fundamentum nimirum non aliud est hujus tutelæ testamentariæ, quam *patria potestas.* Ergo qui liberos habet in sua potestate, is illis potest tutores dare: qui non habet, non potest. Ex hoc ergo principio jam facile reddimus rationem, 1) cur mater, avia aliæque personæ extraneæ non possint tutorem testamento dare, quia nimirum pater solus vel avus habet liberos in potestate, non mater, non avia; multo minus aliæ personæ extraneæ. Ergo nec avus maternus potest tutorem dare nepoti ex filia, quia nec ad huuc pertinet patria potestas, sed ad solum patrem & avum paternum. 2) Cur tutorem dare possimus liberis in potestate nostra constitutis non emancipatis, quia emancipati non amplius sunt in patria potestate. 3) Cur & exheredatis possit tutor testamento dari, quia nimirum exheredatio quidem adimit hereditatem, sed non est modus solvendi patriam potestatem. Posses dicere: ad quid opus est exheredatis tutoris datione, cum nihil habeant, cujus administratio suscipi possit a tutore? Sed respondetur: (1) Si vel nihil haberent, tutorem habere possunt, quia tutor primario personæ datur (§. CCVIII.). (2) Exheredati etiam habere possunt bona v. g. a matre, vel avo, aviave materna profecta. 4) Cur postumis etiam testamento detur tutor, quum tamen illi nondum nati, adeo-

adeoque nec in potestate patria constituti sint: quia nimirum postumi, quoties de eorum commodo agitur, pro jam natis habentur *L.* 7. *ff. de statu hom.* Si ergo pro natis habentur, haberi etiam debent pro liberis in potestate patris constitutis; ergo & pater iis potest tutorem dare, quod erat demonstrandum. *Adde* §. 4. *Inst. de tut.*

§. CCXIII.

Quæritur porro: Quomodo dari possit tutor? Respondemus ex axiomate §. CCX. dandum eum esse 1) *testamento*. Nam quia hereditati comparabatur tutela, hereditas autem nonnisi testamento dari potest, hinc & tutor datur testamento. 2) Postea permissum, ut tutor etiam dari possit codicillis testamento confirmatis. Id ideo videtur introductum, quia dum tutor datur a testatore, hic velut ejus fidei committit tutelam. Atqui fideicommissa & in testamentis & in codicillis relinqui possunt, *pr. Inst. de codicill.* 3) Tutores dari posse omnes, quibuscum est testamenti factio, modo sint muneris publici capaces; e. gr. servi cum libertate dati, filiifamilias, non autem mulieres. Immo id probe notandum, plus potestatis dare leges patri tutorem testamento danti, quam prætori tutorem danti ex officio. Nam prætor non potest dare furiosum, minorennem, surdum & mutum; ita tutoris datio ipso jure nulla futura esset: at testator & furiosos, minorennes, surdos mutosque dare potest: quamvis enim dati non administrent, sed interea alius a magistratu detur, sunt tamen ipso jure tutores, & simulac majorennes fiunt, vel ad sanam mentem redeunt, vel auditum & loquelam recipiunt, statim ipsis permittenda est administratio; qua de re diximus ad §. CCVI. Adde *L.* 10. §. 7. *ff. de excus.* Denique ex eodem fluunt: 4) Nec personam incertam tutorem dari posse a testatore. *L.* 20. *pr. L.* 30 *ff. h. t.* Ratio olim erat, quia persona incerta nec heres institui poterat, §. 25. *Inst. de Legat.* Et quamvis id postea in heredum institutione mutatum sit, tamen retinuerant jus vetus in tutela te-

 sta-

stamentaria. Ratio est quia, qui tutorem dat liberis, id facit ex fiducia erga personam constitutam. Quomodo vero quis fiduciam collocare potest in persona incerta? Non valet ergo hæc tutoris datio: *Qui futuro anno eligetur consul, tutor liberorum meorum esto.* Denique & id observandum, 5) tutorem testamento dari posse *pure*, *sub conditione & in diem*; quod denuo fieri non potest a prætore, qui semper tutorem dat pure. Cur ergo hac in re plus licet testatori privato, quam prætori? Resp. quia tutoris datio a prætore facta est actus legitimus, *L.* 77. *ff. de R. J.* Actus legitimus non admittit conditionem & diem (§. LXX.) At talis actus legitimus non est constitutio tutoris per testamentum; ergo & sub conditione & in diem fieri potest. *L.* 8. §. 2. *ff. h. t.*

§. CCXIV.

Stabilivimus hactenus principium, quod tutela sit similis hereditati. Hinc etiam nova sequitur regula probe observanda: *Quamdiu speratur tutela testamentaria, tamdiu locus non est legitimæ. L.* 11. *pr.* §. 1. *Inst. h. t.* Ratio in promptu est. Quemadmodum enim non admittitur heres legitimus, vel ab intestato, quando testamento institutus adest: ita, si semel adest tutor testamentarius, vel adhuc speratur tutela testamentaria, tamdiu legitima tutela non admittitur. Nemo enim, ut sæpe inculcabimus infra, potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere *L.* 7. *ff. de R. J.* Fingamus exemplum: Testator dat *Titium* tutorem liberis, mortuo testatore Titius incipit furere, quæritur: An proximus agnatus tamquam legitimus tutor possit admitti. Negatur quia, quamdiu speratur tutela testamentaria, tamdiu legitima non admittitur; hic autem adhuc speratur, quia furiosus resipiscere potest. Ergo prætor interea dabit tutorem. (§. 266.)

§. CCXV.

Altera hujus Tituli parte agitur de confirmatione tutorum a magistratu fieri solita. Sed cavendum, ne hanc confundamus cum confirmatione ho-

hodierna. Differentia hæc est: 1) Hodie omnes tutores confirmantur a magistratu; olim tantum testamentarii, & quidem non omnes, sed aliqui. 2) Hodie confirmantur etiam, qui rite, & juste tutores dati: olim tantum illi, qui vitiose dati fuerant testamento. Ex quo fluit definitio: *Confirmatio est actus quo magistratus tutorem testamentarium vitiose datum confirmat.* Opus ergo est confirmatione magistratus, quoties vitium in tutoris testamentarii constitutione observatur. Illud vitium aut est in testatore, aut in modo dandi. (1) In testatore est vitium, si is tutorem dat, qui non habet patriam potestatem in liberos, e. g. mater, avus maternus. Supra enim diximus, fundamentum hujus tutelæ testamentariæ esse patriam potestatem (§. 211.). Ergo qui tutorem dat pupillis in potestate sua non constitutis, is vitiose dat. (2) In modo dandi tutorem est vitium, si non detur tutor testamento vel codicillis simplicibus. Utroque casu tutoris datio quidem est ipso jure nulla; sed tamen, quia testator in persona constituta insignem collocasse videbatur fiduciam: æquûm existimavit prætor illos tutores, licet vitiose constitutos, a se confirmari, eaque confirmatione tolli hoc vitium.

§. CCXVI.

Fit autem confirmatio dupliciter, vel sine inquisitione, vel cum inquisitione. *Sine inquisitione* fit confirmatio, si pater quidem tutorem testamento dedit, sed vitiose; quod fit tripliciter: 1) Si tutorem dedit filio emancipato. 2) Si dedit naturali filio, quia neuter est in patria ejus potestate. 3) Si dedit codicillis testamento non confirmatis. His casibus absolute prætor confirmat tutoris dationem, nec opus putat esse inquisitione, quia pater semper præsumitur liberis bene prospicere. Contra *cum inquisitione* prætor confirmat tutores: 1) Si mater dedit tutorem liberis institutis heredibus: 2) si pater liberis naturalibus non institutis dedit, *L. 4. ff. h. t. L. 1. §. 2 L. 2. §. 7. de confirm. tut.* 3) si extraneus,

neus, e. g. patruus, avunculus, tutorem dedit. Quia enim his omnibus casibus non locus est tutoris dationi propter defectum patriæ potestatis, prætor quidem confirmat tutores datos, sed nonnisi præmissa inquisitione. Inquirit autem hoc casu prætor: (1) an utilis sit pupillo hæc tutela? (2) an tutor sit bonus vir? an improbus? an populo inimicus? &c.

§. CCXVII.

Quod ad usum forensem hujus tituli attinet, observandum est: 1) Posse hodienum patrem pupillo filio tutorem testamento dare, adeoque omnia jura hactenus explicata, etiamnum in viridi observantia esse. (2) In eo tamen mores differre a jure Romano, quod hodie non modo vitiose dati tutores sint confirmandi, quemadmodum jure Romano (§. 215.): sed omnes omnino, etiam ipsi legitimi. De Frisia tamen observavit B. Huberus *prælect. ad Pand. h. t.* exceptam hic esse legitimam tutelam matris & aviæ, quæ non soleat a magistratu confirmari. Sed aliis locis omnes promiscue confirmandi sunt. Sunt qui ideo negant hodie illam divisionem tutorum *in testamentarios, legitimos & dativos* adhuc usum habere, quia per confirmationem omnes sint dativi. Vid. Thomas. *Not. ad Inst. h. t. p.* 93. *& ad ff. p.* 247. Sed hac quidem in re ratio fugit virum celeberrimum. Quamvis enim omnes hodie tutores confirmentur: manet tamen discrimen ratione originis, quod alii testamento dentur, alii lege vocentur, alii ἀμέσως vel immediate constituantur a magistratu, adeoque hæc differentia ejusque usus nihilominus manet.

TI-

## TIT. XV.

## DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

### §. CCXVIII.

*Legitima* tutela est altera tutelarum species (§. 209.), eaque ita vocatur quia tutores hos nec testator, nec magistratus dat, sed ipsa lex eos ad tutelam vocat. Ea quadruplex est: Lex enim ad tutelam vocat 1) *proximos agnatos*, unde hoc titulo de legitima agnatorum tutela agitur. 2) *patronos* ad tutelam liberorum; unde legitima patronorum tutela, de qua Tit. XVII. 3) *patrem* ad tutelam filii emancipati. Hæc est legitima parentum tutela, de qua Tit. XVIII. Denique 4) *fratrem* ad fratris impuberis emancipati tutelam. Hæc dicitur Fiduciaria tutela, de qua Tit. XIX. Tres posteriores species hodie extra usum sunt: prima adhuc ubique viget, & hinc expendenda paullo accuratius. Locum habet *legitima hæc agnatorum tutela*, si pater intestatus decessit. *Quamdiu enim ex testamento tutor est, legitimus non admittitur.* (§. 214.) Ast admittitur, si intestatus pupilli pater decessit. Intestatus autem in h. t. dicitur decessisse pater, (1) si plane testamentum non fecit; (2) si fecit; quidem, sed in eo de tutela nihil deposuit, §. 2. *Inst. h. t.* Utroque ergo casu legitimæ tutelæ locus est. Sed quæritur: Cur, non existente tutore testamentario, legitimus vel agnatus tutor fiat? Ex nostro principio §. CCVIII. explicato res facile poterit explicari. Tutela similis habebatur hereditati, deficiente herede testamento instituto succedit legitimus vel heres ab intestato. Ergo &, non existente tutore testamentario, legitimus vel agnatus tutelam accipit.

§. CCXIX.

Jam facile patet, quodnam sit hujus tutelæ fundamentum. Quum enim veteres tutelam hereditati æquipararent (§. 208.), formarunt sibi hoc axioma: *Ubicumque est successionis emolumentum, ibi & onus tutelæ esse debet.* Quæ regula totidem verbis expressa exstat in §. *un. Inst. de legit. patr. tut.* Jam cum proximos agnatos lex vocaret ad successionis emolumentum, eosdem etiam Romani in suscipiendo tutelæ onere proximos esse voluerunt.

Quæri potest, an prudenter ita statuerint Romani? Sane veteres Græci periculosum existimabant præsumpto heredi tutelam, i. e. capro vineam credere. Quid si enim tam cupidus sit hereditatis, ut pupillum sibi creditum veneno tollat, aut alio modo ad orcum mittat? Ideo facilius ab eo fieri poterit, quia personam pupilli in sua tutela habet. Nec desunt exempla hujus sceleris. Vid. Suet. *Galb. c.* 9. Hinc Atheniensium legislator Solon tutelam agnatis, sed remotioribus, non proximis, deferebat: Charondas, Cretensium legislator, agnatis quidem bonorum administrationem, cognatis autem personæ curam demandabat. At Romani proximis agnatis & heredibus deferebant tutelam, quibus, vigente præcipue gentilismo, facile erat mactare pupillos miseros. Vid. Vinn. *Comment. ad Inst. h. t.* Defendit quidem hoc institutum B. Huberus *Digress. lib. III. c.* 5., sed ita ut non difficile videatur ejus argumenta refellere. Utut sit, axioma hoc semel receptum in jure: *Ubicumque est successionis emolumentum, ibi & onus tutelæ esse debet.* Attamen limitatio addenda est, *modo iste proximus sit habilis obeundo muneri publico.* Hinc e. g. femina potest esse proxima agnata, adeoque & heres legitima, nec tamen tutrix erat per ea, quæ supra diximus (§. CCV.), excepta matre & avia.

§. CCXX.

§. CCXX. CCXXI.

Jam ergo facile ex hoc axiomate intelligimus, quinam ad legitimam tutelam vocentur? Distinguendum est jus *vetus* & *novum*. *Jure vetere* (1) soli agnati, & his deficientibus *gentiles* ad hanc tutelam vocabantur, quia & soli succedebant ab intestato: non autem cognati. Unde explicandum, quinam sint *agnati?* quinam *gentiles?* quinam *cognati? Cognati* generatim vocantur qui ejusdem sunt sanguinis & originis sive paternæ sive maternæ. E. g. & *patruus* & *avunculus* & *amita* & *matertera* mihi cognati sunt. At *agnati* in specie dicuntur, qui e latere paterno vel per virilis sexus personas mihi juncti sunt. *L.* 7. *ff. h. t.* §. 1. *Inst. h. t.* Sic e. g. *patruus* mihi *agnatus* est, quia per patrem mihi junctus, non autem *avunculus*, quia per matrem; hic nimirum cognatus tantum est. Signum agnationis externum est idem nomen. Sic e. g. omnes Ciceronis agnati vocabantur Cicerones. Denique *agnati* & *gentiles* ita differunt, quod *agnati* sint ejusdem familiæ, *gentiles* ejusdem gentis. Sic e. g. omnes Cornelii Romæ erant gentiles, quia omnes erant ex gente Cornelia. At Scipiones inter se erant agnati, quia ex eadem familia gentis Corneliæ descendebant. Paucis, Romani habebant fere tria nomina, *prænomen*, *nomen*, *cognomen*, e. g. M. T. Cicero. Prænomen erat signum *personæ*, nomen signum *gentis*, ex qua quis prognatus erat, cognomen denique signum *familiæ*. Jam hæc sufficiant de hoc discrimine. Ad rem ut redeamus, diximus vetere jure solos agnatos & gentiles ad tutelam legitimam vocatos esse, *pr.* §. 1. *Inst. h. t.* (2) Si plures agnati erant proximi, excludebat remotiores, quia idem in hereditate obtinebat. E. g. Titius pupillus superstitem habet patruum, propatruum & patrui filium, quis ex illis est tutor? Patruus omnes reliquos excludit. Rem ostendunt *Fig.* 12. 14. & 15. *Tab. II.* (3) Si plures ejusdem gradus sunt, omnes simul tutelam suscipiunt. E. g. Si quis habeat (*Fig.* 16. *Tab. II.*) quatuor patruos, hi omnes

mnes simul erunt tutores, quia etiam simul sunt heredes. Tale erat jus vetus. Jam *novum* sequitur. Hoc in duobus capitibus differt a vetere. (1) Quod hodie inter agnatos & cognatos nihil est differentiæ. Quia enim *Nov.* 118. *c.* 4. Justinianus cognatos & agnatos per omnia æquiparavit in hereditate: æquales etiam hodie sunt in tutela legitima, quia ubi successionis emolumentum, ibi & onus tutelæ esse oportet (§. 219.); (2) & in hoc jus novum differt a vetere, quod cum hoc nullam feminam ad tutelam admitteret, per *Nov.* 118. *c.* 5. mater & avia omnibus reliquis agnatis præferuntur; qua de re diximus supra §. CCV.

## §. CCXXII.

Sub finem hujus tituli & aliud *agnatorum* & *cognatorum* discrimen indicatur. Nempe *jus agnationis* per omnem capitis deminutionem tollitur: *jus cognationis* tantum per *maximam* & *mediam*, non autem per minimam capitis deminutionem. Ratio est, quia jus agnationis est inventum juris civilis, jus cognationis e jure naturæ & gentium est. Jus civile per aliud jus civile facile tollitur, non autem jus naturale, quippe quod immutabile est. Ergo si frater meus in adoptionem datus est Mævio, agnatus meus esse desinit, quia minimam capitis deminutionem passus est: non autem desinit mihi cognatus esse. Jam ergo facile patet, cur jam statim sequatur materia de capitis deminutione ex instituto nunc explicanda.

TIT.

## TIT. XVI.

## DE CAPITIS DEMINUTIONE.

### §. CCXXIII.

Quid sit capitis deminutio intelligere non possumus, nisi prius interpretemur vocabulum *caput.* Caput vocabatur Romæ, cujuscumque nomen referebatur in tabulas censuales. Hinc phrases: *censa sunt capita civium* CCM; *capite census* pro eo, qui nec rem nec prolem apud censorem profitebatur: *caput de civitate eximere*, i. e. ejicere in exilium. Quia autem in tabulas non referebantur nisi *liberi homines*, *cives & patresfamilias*, hinc caput idem est, ac *status libertatis*, *civitatis & familiæ.* Quicumque ergo nullum horum statuum habet, veluti servus, is *caput non habere* dicitur, §. 4. *Inst. h. t.* Qui habuit statum illum triplicem, & illum vel penitus vel ex parte amittit, is *capite minui dicitur.*

### §. CCXXIV.

Jam ergo perspicua erit definitio: *Capitis deminutio* est prioris status mutatio. Quando ergo ex libero homine fit servus, ex cive peregrinus, ex patrefamilias filiusfamilias, capitis deminutio fit, non vero vice versa, si ex servo fit homo liber, ex peregrino civis, ex filiofamilias paterfamilias. Unde sunt qui definitioni nostræ addunt verba, est prioris status mutatio *in deterius.* Sed ista additio supervacua est, nam liber homo statum habet, servus non habet, civis statum habet, non peregrinus, paterfamilias statum habet, non autem filiusfamilias. Ergo si hi statum vel caput non habent, illum quoque non possunt amittere, adeoque nec capite deminui.

### §. CCXXV.

Quum vero caput vel status sit triplex, *libertatis*, *civitatis* & *familiæ*; triplex quoque est capitis deminutio, *maxima*, *media*, *minima. Maxi-*

 *ma*

*ma* est, qua libertas tollitur, adeoque, & jura civitatis & familiæ. Dum enim aliquis fit servus, necessario & civis & paterfamilias esse desinit: *media* est, qua civitatis jus amittitur; hic liber quidem homo manet, sed tamen fit peregrinus, & paterfamilias esse desinit: *minima* est, qua jura familiæ perimuntur, quamvis & libertas maneat & civitatis jus. Paucis: *maxima* opponitur statui libertatis: *media* statui civitatis: *minima* statui familiæ. Addendæ adhuc sunt duæ observationes: (1) quod *maxima* & *media* in jure nostro vocantur *mors civilis*, *L.* 209. *ff. de R. J.* Cur vero? Quemadmodum enim mortuos nec agit quid, nec patitur, ita & servi & peregrini nec agere, nec beneficio aliquo juris civilis adfici fruique poterant. E. g. nec nuptias juris Romani faciebant, nec testabantur, testamentove heredes instituebantur, nec contrahebant secundum jus civile, nec liberos in potestate habebant, nec usu capiebant, adeoque plane pro mortuis habebantur, æque ac illi quibus caput naturale amputatum. (2) Quod aliquando duplex tantum capitis deminutio occurrit in jure nostro, veluti in Legibus notabilibus *L.* 1. §. 1. *ff. de suis & legit. & L.* 1. §. 8. *ff. ad SC. Tertull.* Sed tunc minus adcurate loquuntur JCti, & maximam mediamque sub una specie complectuntur. Id quod sæpe fieri ab JCtis etiam in aliis tripartitis divisionibus, luculenter docuit v. c. Gerh. Noodt *Probab. lib. I. Cap.* 12. *& Observ. lib. II. Cap.* 21.

§. CCXXVI. CCXXVII. CCXXVIII.

Vidimus quid sit illa triplex deminutio capitis: jam dicendum etiam quinam illam patiantur.

*Maximam* patiuntur (1) *capti ab hoste*. Apud nos capti hostes manent liberi, apud Romanos autem statim fiebant servi, adeoque statum libertatis amittebant, nec illum recuperabant, nisi domum reverterentur. Nam tunc omnia jura recuperabant *jure postliminii*, de quo diximus §. 82. (2) *Qui majores* 20. *annis dolose & pretii participandi causa venundari se patiebantur*, de qua fraude

de itidem §. 85. diximus. Ii enim dum in pœnam in servitute manere cogebantur, statum libertatis amittebant, & sic maximam patiebantur capitis deminutionem. (3) *Servi pœnæ.* Quinam illi? Romæ lege Portia cautum fuerat, ut cives Romani nec flagris cædi aut verberari, nec supplicio capitali adfici possent. Hinc quoties talem pœnam magistratus civi Romano irrogare audebat; toties clamare solebat: civis Romanus sum; eoque facto statim erat dimittendus. Exemplum habemus in sacris litteris *Act. Apost.* 22. 24, ubi ipse Paullus Apostolus hac formula se a sævitia tribuni militum liberat. Addantur *Cic. orat.* 1. *adversus Verrem*, *c.* 7. *orat.* 5. *c.* 146. 161. 167. 169. Euseb. *hist. eccl. l.* 5. *c.* 1. & *Antiquit. nost. Rom. append. Lib.* 7. §. 28. *p.* 258. Cum itaque tam insigni privilegio gauderent cives, ut supplicio capitali adfici non possent, & nulla tamen respublica consistere queat sine suppliciis facinorosorum: hinc eleganter Romani fingebant eos, qui ejusmodi supplicio erant adficiendi, per sententiam capitalem fieri servos, nec cives amplius esse. Quia autem servus sine domino non intelligitur, & hic tamen capitis damnatus in nullius dominium redigitur, fingebant, pœnam, veluti ejus dominum, esse; & hinc dicebantur *servi pœnæ.* Eleganter de hac fictione egit Noodtius *Prob. l. III. c.* 12.

*Mediam* capitis deminutionem patiebantur (1) *Ii quibus aqua & igni interdictum.* Quid hoc? Romani cives & hoc gaudebant privilegio, *quod jus civitatis inviti haud amitterent.* Hinc si civem vellent jure civitatis privare, plebiscito cavebantur, non ut in exilium proficiscatur, (ad id enim, ut dixi, cogi non poterant) sed ut aqua & igni non uterentur. Eo facto ipsi adponebantur custodes, qui illum prohiberent aqua & igni uti. Quum vere sic vitam tolerare non posset, necessario ipsi erat ex urbe in aliam civitatem discedendum, eoque facto statim jus civitatis amittebat, quia jure Romano nemo poterat duarum civi-

ta-

tatum civis esse, teste Corn. Nep. *in vita Attici c.* 3. Vid. *Antiq. nost. Rom. h. t.* §. 10. Eamdem mediam capitis deminutionem patiuntur (2) *deportati.* Ubi observandum aquæ & ignis interdictionem proprie non discrepasse a deportatione; nam & deportatis aqua & igni interdicebatur: differunt tamen effectu. Olim enim quibus aqua & igni interdictum fuerat, ii poterant suo arbitrio se conferre quocumque vellent. At Augusto, cum ab exulibus illis in tanta libertate morantibus seditionem metueret, Livia conjux suaserat, ut eos in insulas juberet abduci & ibi includi; unde postea *deportati* dicti. Vid. Dio. Cass. *Hist. lib. CV. p.* 562. Hi, quibus aqua & igni interdictum, & deportati conjunctim vocabantur *Exules,* quos cum *Relegatis* non esse confundendos, jam supra ex Ovidio ostendimus §. 192.

*Minimam* denique capitis deminutionem patiuntur (1) *Arrogati*, quia ex hominibus sui juris, vel patribus familias fiunt filiifamilias. (2) *Arrogatorum liberi*, quia cùm ante essent in potestate patrum suorum, jam cum ipsis patribus in arrogantis potestatem rediguntur, adeoque familiam mutant. *L.* 3. *pr. ff.* 3. (3) *Emancipati.* Sed hic dubium oriri potest. Emancipati ex filiisfamilias fiunt patresfamilias, adeoque status eorum non mutatur in deterius, sed in melius; ergo non potest dici capitis deminutio. Sed Resp. hujus capitis deminutionis fuisse singularem rationem, nempe quia olim emancipatio fieri non poterat nisi per imaginariam venditionem in servitutem. Unde emancipati ideo dicebantur capite minui, quia deducebantur in imaginariam caussam servilem, *L.* 3. §. 1. *ff. h. t.* Adde supra §. 195. Sed id hodie cessat, quia & imaginaria illa venditio in emancipatione cessat, postquam & Anastasiana & Justiniana emancipatio introducta; de qua itidem supra actum §. 196. seq.

§. CCXXIX.

Superest ut & dispiciamus, an hujus doctrinæ de capitis deminutione aliquis sit usus? Et respon-

spondemus: (1) *Maximam*, omnibus fatentibus, ab usu recessisse. Quia enim talem servitutem, quæ morti civili æquiparari possit, non habemus; hinc & nemo in illam servitutem redigitur. (2) *Media* quoque cessat, quia cessat jus civitatis Romanæ, & inter cives & peregrinos hodie parva est differentia. Vulgo tamen comparant huic capitis deminutioni *Bannum Imperii* in Germania, vel proscriptionem, (*die Acht* = *und Ober Acht*) relegationem cum ictu fustium vel virgidemia, condemnationem ad triremes perpetuam, si cum bonorum publicatione conjuncta sit; quamvis, si simile aliquid est non statim dicendum sit itidem, nam simia quam similis turpissima bestia nobis? Ergo si hæc omnia similia sunt capitis deminutioni, non sunt reipsa capitis deminutio. (3) *Minima* adhuc hodie fit per arrogationem, si liber homo se alterius patriæ potestati subjicit, non autem per emancipationem, per ea quæ diximus ad §. superiorem.

## T I T. XVII.

## DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

### §. CCXXX.

Versamur adhuc in tutela legitima, cujus 4. species esse diximus, *agnatorum*, *patronorum*, *parentum*, & *fiduciariam*. De tutela agnatorum & capitis deminutione, qua perimi illa tutela potest, diximus hactenus. Ergo jam sequitur secunda species, nempe tutela *patronorum*. Quum ergo *patronus* is dicatur, qui servum manumisit, per *tutelam patronorum* intelligitur tutela, quam patronus vel ejus liberi in liberto impubere, vel liberti liberis habent.

### §. CCXXXI. CCXXXII.

Fundamentum hujus tutelæ patronorum, idem est quod legitimæ agnatorum. Ubicumque est suc-

cessionis emolumentum, ibi & onus tutelæ esse debet. Jam moriente sine liberis liberto patronus ejusve liberi succedebant, quia patronus ob manumissionis beneficium veluti pro liberti patre, vel proximo agnato habebatur (§. III.) Vide Vinn. *ad Inst. tit. de Success. libert.* Ergo & debuerant tutores legitimi esse. Dicunt JCti hanc tutelam esse ex XII. Tabb., & tamen in XII. Tabb. ne verbum quidem de hac tutela occurrit. Sed respondet Justinianus §. *VII. h. t.* distinguendum esse inter τὰ ῥητὰ & τὴν διάνοιαν, i. e. inter sententiam & verba. Nihil erat in XII. Tabb. de tutela patronorum scriptum: at quod ad sententiam attinet, omnino hæc tutela est ex XII. Tabb. Si enim iis fuerat cautum, ut patronus liberto succederet, omnino etiam cautum videbatur, ut ejus tutelam susciperet; quia, *ubi successionis est emolumentum, ibi & onus tutelæ esse debet.*

Sed quum hodie non habeamus hujusmodi libertos, quibus ab intestato succedat dominus, qui manumisit: tutelam etiam patronorum extra usum hodie esse facile patet, & omnes fatentur.

## TIT. XVIII.

## DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

### §. CCXXXIII.

*Legitima parentum tutela* est tertia legitimæ species, quam pater exercet in liberos impuberes emancipatos. *L.* 5. §. *ult. ff. de legit. tut.* Cur non dicimus potius, patrem esse legitimum tutorem omnium liberorum? Resp. quia patrem habenti tutore non opus est, immo ne possunt quidem tutorem habere liberi in potestate patria constituti, quia non sunt capita libera; ad quæ *sola* tutela pertinet (§. 103.). Ast emancipati sunt capita libera, quia liberati sunt a patria potestate, & hinc sub tutela esse possunt, & quidem sub tutela patris emancipantis.

§. CCXXXIV.

§. CCXXXIV. CCXXXV.

Fundamentum hujus tutelæ vere est jus patronatus, de quo superiore titulo diximus. Demonstravimus supra (§. 205.) emancipationem factam per trinam venditionem, & totidem manumissiones. Ultima manumissio plerumque ab ipso patre emancipante fiebat. Jam quum qui manumittit, fiat patronus: etiam pater emancipans fiebat filii emancipati patronus. Patronus succedit liberto ab intestato, ergo & pater filio ab intestato succedit. *Ubi est successionis emolumentum, ibi & onus tutelæ esse debet* (§. 219.). Ergo & penes parentem onus tutelæ in emancipatum esse debet. Q. E. D. Ita ratiocinabantur veteres JCti, & ita sensim inventa est illa legitima parentum tutela.

§. CCXXXVI.

An vero *hodie* quoque hujusmodi superest tutela parentum? Minime. Nam (1) hodie nemo temere solet emancipare liberos impuberes; sed illos, qui jam se ipsos regere possunt, e potestate dimittimus. (2) Cessare etiam hodie diximus emancipationem per venditionem imaginariam, adeoque & manumissiones hodie extra usum esse. Si non manumittimus liberos, nec sumus eorum patroni, adeoque nec tutores eorumdem. Equidem passim receptum est in Germania, uti liberi in peculio adventitio tutorem habeant patrem. Sed hæc tutela plane alterius naturæ est. Nam (1) non ex jure Romano, sed Germanico, *ex speculo Saxonico lib. I. Art. XI.* (2) In ea tutela non solum sunt emancipati, sed & sui vel in potestate constituti. (3) Hæc tutela Germanica est usufructuaria. Pater enim tamquam tutor legitimus liberorum in Germania gaudet usufructu omnium bonorum eorum: quod plane inauditum est ex jure civili Romanorum.

TIT.

## TIT. XIX.

## DE FIDUCIARIA TUTELA.

### §. CCXXXVII. CCXXXVIII.

Quarta species legitimæ tutelæ est *fiduciaria*. Ubi observandum, nomen hoc oriri a *fiducia*, quæ erat pactum vel contractus, quo quis alteri rem tradebat ex lege, ut sibi illa redderetur. Qua in conventione utebantur formula, *ut inter bonos agere oportet, ne propter te fidemque tuam fraudet*. Cic. *de offic. lib. III. c.* 15. Ejusmodi fiduciæ contractus interponi solebat in emancipatione liberorum. Pater enim filium ter venumdans in tertia venditione sibi stipulabatur, ut emtor filium hunc traditum sibi redderet vel retrovenderent, & tunc pater illum manumittebat; & sic, ut superiore titulo diximus, fiebat filii emancipati patronus. Quum ergo L. XII. Tabb. esset cautum, ut patronus eoque mortuo filius patroni ab intestato succederet: hinc non modo pater erat tutor filii emancipati, sed & patre mortuo, si filium relinqueret justæ ætatis, & is fratris tutelam suscipiebat. Hinc intelligitur definitio hujus tutelæ fiduciariæ, quod sit tutela, quæ post mortem patris emancipantis liberis ejus masculis perfectæ ætatis defertur in fratrem emancipatum impuberem. §. *un. Inst. h. t.* Sed & hæc tutela hodie nullius est usus ob easdem rationes, quas §. 236. adduximus.

Obiter moneo: Ulpianum *Fragm. tit. XI.* §. 5. ipsam legitimam parentum tutelam, de qua superiore titulo egimus, appellare *fiduciariam*. Ex quo patet Justinianum hoc nomen, tertiæ olim speciei proprium, quartæ imposuisse. Utrum vero id Triboniani errore & inscitia factum sit, ut quibusdam videtur, an studio, & quia vocabulum hoc quartæ speciei convenientius esse existimabat, equidem in medio relinquo, quippe non admodum proclivis ad perstringendum Tribonianum.

TIT.

## TIT. XX.

## DE ATTILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DATUR.

### §. CCXXXIX. CCXL.

Exposuimus huc usque duas tutelæ species, *testamentariam*, Tit. XIV. & *legitimam*, Tit. XV. ad XIX. Superest tertia, nempe *dativa*, quæ ita vocatur, quod hic tutor *datur*, & quidem non testamento, nec ab ipsa lege, sed *a magistratu*. Definivimus ergo tutoris dationem *actum legitimum*, *quo deficientibus testamentariis & legitimis tutores a magistratu ex lege dantur*. Quid sibi hæc definitio velit, adparebit ex axiomatibus inde fluentibus, quorum sunt tria: I). *Tutor hic ex lege a magistratu datur*, nempe ex lege Attilia & ex lege Julia & Titia. Nam apud Romanos non pertinebat ad officium magistratus tutorem dare. Sed illa potestas tantum magistratibus quibusdam dabatur lege speciali, & præter hoc nullus magistratus, poterat tutores dare. Sic e. g. consul erat magistratus, dictator itidem; nihilominus illi non poterant tutores dare, sed prætor cum majore parte tribunorum plebis, quia his solis ea potestas concessa fuerat per legem Attiliam. Ex hinc est, quod *tutoris datio dicitur esse extraordinariæ jurisdictionis*, *L.* 7. §. 1. *ff. de offic. Procons.*, quia non ex officio magistratus, sed ex speciali lege fluit. II.) *Tutor a magistratu datur in subsidium*, *deficientibus testamentariis & legitimis*. Quemadmodum enim legitimæ tutelæ locus non est, nisi deficiente testamentaria: ita nec dativa habet locum, quamdiu testamentariæ & legitimæ locus est. Ergo subsidiaria est hæc tutela. III.) *Tutoris datio est actus legitimus*, ita enim expresse vocatur in *L.* 77. *ff. de R. J.* Quid sit actus legitimus, exposuimus §. 70, nempe actus, qui solemniter erat explicandus, & nec procuratorem ad-

admittebat, nec conditionem, nec diem. Hæc sunt illa axiomata, ex quibus quæ fluant conclusiones, jam videbimus.

§. CCXLI. CCXLII.

Primum axioma erat, *tutor hic ex lege a magistratu datur.* Ergo oportet quasdam leges latas esse de hac tutela. Earum sunt duæ: *Attilia Julia*, & *Titia. Prioris* ætatem ita eruimus. Tutoris ex hac lege Attilia dati exemplum jam anno V. C. 557. memorat *Livius l. XXXIX. c.* 9. Ergo est lex nostra illo anno antiquior. Jam cum Attilium quemdam auctorem hujus legis esse oporteat, & ante hunc annum nullus inter tribunos plebis Atilius occurrat, præter L. Attilium Regulum, annō V. C. 443. hoc trib: natu functum, teste eodem *Livio lib.* 9. *c.* 30. verosimile est illo anno & ab eo Attilio hanc legem rogatam & cognominatam esse. *Posterior* lex lata est multis sæculis post A. V. C. 728. & nomen habet a Julio Cæsare Octaviano Augusto, & M. Titio, hujus anni consulibus. Ignorat hoc vulgus interpretum. Sed nobis id primus detexit vir doctissimus *Henr. Valesius e Soc. Jes. in Notis. ad Excerpta Peiresciana p.* 61. Ceterum hæ leges ita differunt: 1) Prior agit de tutoribus in urbe Roma dandis: posterior de tutoribus dandis in provinciis. 2) Prior jubet tutores dari a prætoribus & majore parte tribunorum plebis: posterior a præsidibus provinciarum *pr. Inst. h. t.* 3) A priore lege tutores a prætore in urbe dati vocabantur Attiliani: ex posteriore Juliani Titiani: ut ex rubrica hujus tituli patet. Præter hos magistratus nemo poterat tutores dare usque ad tempora Augusti, sed ejus successores rem mutarunt variis constitutionibus. Nam (1) sub Claudio imperatore, teste Suet. *Claud. c.* 25 cautum est SCto, ut non amplius prætores con tribunis plebis, sed consules tutores pupillis darent, & quidem ex inquisitione, i. e. ut simul in mores & habilitatem tutorum sedulo inquirerent. §. 3 *seq. Inst. h. t.*, quod sub Trajano adhuc factum esse disci-

mus

mus ex Plin. *Epist. IX.* 13. (2) Sub Marco Antonino singulari constitui cœpit prætor *tutelaris*, qui tantum tutores dabat, & caussas tutelares cognoscebat, §. 4. *h. t.* Jul. Capitol. *in vita M. Antonini imp. c.* 10. (3) Paullo post sub Severo, ut videtur, invaluerat ut tutores in urbe darent prætores, intra centesimum ab urbe lapidem præfecti prætorio, extra Italiam in provinciis magistratus municipales, jussu præsidum tutores darent, §. 3. 4. *Inst. h. t.* (4) denique & municipalibus magistratibus & episcopis & juridico Alexandriæ id jus datum, ut tutores dare possent. Sed hæc historiæ tantum caussa notanda, nam usus hujus rei hodie nullus est, quia hodie tutoris datio est ordinariæ jurisdictionis, omnesque judices, qui jurisdictionem civilem habent, etiam tutores dare possunt, uti infra videbimus.

§. CCXLIII.

Jam porro ex primo axiomate fluit, *tutoris dationem non posse mandari.* Quid hoc? Sciendum alias jurisdictionem a quocumque magistratu alii mandari potuisse; e. g. si prætor ab urbe abesse cogebatur, tunc poterat cuidam collegæ jurisdictionem suam mandare. Ita & præses provinciæ, quia non ubique per provinciam præsens esse & jus dicere poterat, jurisdictionem suam mandabat legatis. Qua de re singularis titulus extat *in Lib.* 1. *ff. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio.* Quæritur ergo, an & tutoris datio aliis mandari possit a magistratu? Id negatur in *L.* 8. *pr. ff. h. t.* Ex qua ratione? Ex duplici: 1) Quia tutoris datio non est ex officio magistratus, sed ex speciali lege. Jam quæcumque sunt ex speciali lege, ea mandari non possunt; uti expresse habetur in *L.* 1. *pr. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* 2) Quia tutoris datio est actus legitimus. Atqui eorum actuum ea est natura & indoles, ut non admittant procuratorem, *L.* 77. *de R. J.* Ergo nec tutor dari potest per procuratorem vel mandatarium. Objici posset *L.* 15. *ff. de offic. procons.* ubi dicitur; Procons. le-

legatum posse & tutores dare; quum tamen illi legati non habeant jurisdictionem propriam, sed mandatam. Sed respondetur: Legatis procons. jurisdictio mandabatur a proconsule. Eo facto deinde accipiebant jus tutores dandi ex speciali lege & constitutione Marci Antonini imp. *L.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Ergo tutores dabant non vi mandati, sed ex speciali lege, adeoque hæc lex reliquis non repugnat.

§. CCXLIV.

Alterum axioma erat; tutor hic datur *in subsidium deficientibus testamentario & legitimis.* Ex eo duas conclusiones inferimus. (1) Quod utroque deficiente magistratus det tutorem, non si vel testamentarius vel legitimus jus habet suscipiendi tutelam. (2) Quod quotiescumque tutela testamentaria vel impeditur vel finitur, dativæ locus est. Exempla impeditæ tutelæ testamentariæ supra vidimus (§. 206. & 213.) Si enim tutor testamentarius sit demens, furiosus, mutus, surdus, minorennis, non sane tutela privatur, sed tantum administratione tutelæ, donec impedimentum cesset. Interea non legitimus fit tutor, sed a prætore aliquis datur, qui administret. Similiter se res habet, si tutor testamentarius moriatur, capite deminuatur, tamquam suspectus removeatur. Omnibus enim his casibus tutor a magistratu datur. *L.* 11. *ff. de test. tut.* §. 1. 2. *Inst. h. t.*

§. CCXLV.

Tertium axioma erat, *tutoris datio est actus legitimus.* Quum itaque actus legitimus non admittat conditionem vel diem, (§. 70) per se patet 1) tutorem a magistratu dari non posse sub conditione. E. g. Tutor esto, si juris doctor creaberis, 2) nec id fieri posse in diem vel ex die, e. g. tutor esto per annum, vel post biennium. Pure ergo dandus est: tutor esto *L.* 6. §. 1. *ff. h. t.* Ast testator potest tutorem dare sub conditione, & ex die vel in diem (§. 205. 4.) *L.* 8. §. 2. *ff. de test. tut.* §. 3. *Inst. qui test. tut. dare?*

Resp.

Resp. Id verum esse ideo quia testamento facta tutoris datio non est actus legitimus, sed facta a prætore. Ergo & regula *L.* 77. *ff. de R. J.* in testamentaria tutela locum non habet.

§. CCXLVI.

Absolvimus hanc tractationem. Id unum restat, ut ex instituto nostro aliquid adjiciamus de usu hujus doctrinæ hodierno. Is a praxi Romana hactenus explicata in duobus potissimum discrepat. I. Quod non certi hodie magistratus dent tutores, sed omnes, quibus est jurisdictio. Quia autem jurisdictio dividitur in civilem & criminalem, & sæpe contingit, ut uno eodemque loco alius civilem, alius criminalem habeat jurisdictionem, quæritur, quis tunc judex det tutores? Resp. Qui civili jurisdictione pollet, quia tutoris datio nihil facit ad coercitionem criminum. II. Quod major sit nostrorum quam Romanorum magistratuum potestas. Romani non poterant dare tutorem, nisi in subsidium, si nec testamentarius adesset tutor, nec legitimus; hos enim a tutela excludere non poterant. At nostri magistratus præcipue considerant tutorum habilitatem, & si animadvertunt eos esse inhabiles, illos statim excludunt a tutela, sive sint testamentarii, sive legitimi, & alios dant habiliores. Tria adduxi testimonia. Nam de Frisiæ praxi testantur Statuta Frisiæ, de praxi Belgica Zypæus JCtus Batavus, & de praxi Germanica Schilterus in locis in ipso libello allegatis; ut adeo de universalitate hujus praxeos non videatur dubitandum.

## *TIT. XXI.*

## DE AUCTORITATE TUTORUM.

§. CCXLVII. CCXLVIII.

Vidimus hactenus omnes tutorum species: jam de eorum officiis agendum. Quod præcipue in eo con-

consistit, ut negotiis pupilli interponat auctoritatem. Ergo de hac dicendum paullo adcuratius. Diximus supra (§. 104.) *tutelam esse vim & potestatem in capite libero.* Monuimus etiam, *vim* plus esse quam *potestatem*, & vim tutores exercere in infantes, potestatem in adultiores. *Infantia* autem durat jure Romano usque ad annum VII. ætatis, *L. 14. ff. de sponsal.* Tempus ab anno VII. usque ad pubertatem in duas æquales partes dividitur, & priore tempore aliquis *infantiæ proximus* dicitur, posteriore *pubertati proximus.* Hinc

| | |
|---|---|
| **Puer est infans usque ad annum** | **7** |
| **infantiæ proximus ad ann.** | **10. 1/2** |
| **pube.tati proximus anno.** | **14** |
| **pubes completo anno** | **14** |
| **plebe pubes completo anno** | **18** |
| **majorennis completo anno** | **25** |

| | |
|---|---|
| **Puella infans ad annum** | **7** |
| **infantiæ proxima ad ann.** | **9 1/2** |
| **pubertati proxima** | **12** |
| **pubes completo anno** | **12** |
| **plebe pubes anno** | **14** |
| **majorennis anno** | **25** |

Hi termini ætatis probe observandi, nec confundendi a studioso juris. Ut vero jam hæc adplicemus, facile patet majorem esse tutoris potestatem in pupillum infantem, quam in infantiæ vel pubertati proximum. Si pupillus est infans, hinc nihil agere potest, sed omnia ejus nomine agit tutor, & sic hic *administrare* dicitur, *L. 1. §. 2. ff. de administr. tutor.* Sin vero pupillus est infantiæ vel pubertati proximus, tunc pupillus ipse omnia potest agere, modo præsente & consentiente tutore id faciat, qui tunc *auctoritatem* interponere dicitur *L. 9. ff. de adquir. hered.* Exemplis res fiet clarior. Pupillus infans non potest contrahere, adire hereditatem, solvere: sed hæc omnia

omnia ejus nomine eoque plane inscio agit tutor. Contra pupillus septennio major ipse recte contrahit, recte adit hereditatem, recte solvit, modo præsens sit tutor, & *auctoritate ejus fiat.* Revera itaque *auctoritas* ab *augendo* dicitur, quia tutor auget & supplet quod personæ pupilli deest. Infans enim ob defectum rationis quasi non est persona, ergo ejus nomine agit tutor. At infantia major est persona quidem, sed veluti dimidia, ob infirmitatem judicii. Quod ergo deest huic pupillo, id supplet tutor, ejusque personam *auget*, dum præsens consentit; & hinc ejus consensus dicitur *auctoritas.* Hinc eleganter in *L.* 32. §. 2. *ff. de adqu. possess.* dicitur *infantis judicium suppleri auctoritate tutoris*; quamvis ibi infans accipi videatur latiore sensu pro omni pupillo.

§. CCXLIX.

Ex his principiis fluit jam definitio *auctoritatis.* Est nimirum *actus legitimus quo tutor, quod pupillus infantia major gerit, & ex quo deterior ejus conditio fieri posset, sollemniter adprobat.* Explicanda erit hæc definitio per partes. Dicimus 1) esse *actum legitimum.* Id quidem a priori demonstrare non possumus, nusquam enim in universo jure ita dicitur auctoritas tutoris: sed id tamen a posteriori liquet. Omnia enim, quæ de actibus legitimis dicuntur in *L.* 77. *ff. de R. J.* etiam quadrant auctoritati tutorum. Ea non admittit procuratorem, non admittit conditionem, non diem quoque. Immo & verbis sollemnibus in interponenda auctoritate opus fuisse ostendimus *in Antiq. Rom. l.* 21. §. 3. Ergo cum omnia adsint actuum legitimorum requisita, nihil prohibet, quominus dicamus auctoritatem tutoris esse actum legitimum. Dicimus 2) *quo tutor, quod pupillus infantia major gerit, adprobat.* Si enim pupillus adhuc sit infans, nil gerit, ut ad §§. superiores diximus, sed tutor tunc administrat, & omnia pro pupillo agit; ergo nec auctoritatem interponit. Dicimus 3) *ex quo deterior ejus conditio fieri posset.* Nam paullo post videbimus,

L pos-

posse quidem pupillum meliorem facere conditionem suam etiam sine auctoritate tutoris, non autem deteriorem. E. g. si quis pupillo aliquid donat, id valet etiamsi non præsens sit, nec tutor id adprobet: si autem alteri quid promittit pupillus, nulla nascitur ex illa promissione obligatio, nisi præsens tutor factus sit auctor. Deinde addimus 4) *sollenniter adprobat.* Vidimus enim auctoritatem esse actum legitimum; legitimos autem actus sollemniter fuisse explicandos, diximus §. 70.

Habemus auctoritatis definitionem, ex qua fluunt tria axiomata: 1) *auctoritas est actus legitimus.* 2) Ea opus est, quoties quid geritur, quo deterior fieri posset pupilli conditio. 3) Tutor hac auctoritate supplet judicium pupilli. De singulis jam speciatim agemus.

§. CCL.

Primum axioma est: *Auctoritas est actus legitimus.* Ex eo duæ conclusiones fluunt. I. quod tutor præsens interponere debeat auctoritatem, & quidem in ipso negotio, §. 3. *Inst. h. t.* Ergo non erat validum negotium, si tutor absens per litteras consensisset, ut si rem a pupillo gestam postea ratam habuerit, vel confirmarit, *L.* 9. §. 5. *h. t.* Actus enim legitimi non admittebant procuratorem, adeoque in propria persona erant explicandi. *L.* 77. *de R. J.* His obstare videntur duæ leges. Nam (1) in *L.* 9. §. *ult. ff. h. t.* dicitur *posse me absenti pupillo aliquid vendere per litteras, modo is tutoris auctoritate consentiat.* Sed resp. hanc legem nobis non adversari. Potest enim absens quis contrahere cum pupillo, sed non debet a pupillo absens esse tutor, sed ei contrahenti coram & præsens consentire. Paucis: Is quocum contrahit pupillus, potest esse absens, sed tutor cujus auctoritate contrahit, præsens esse debet. (2) Objici posset. *L.* 25. §. 4. *ff. de adqu. vel amitt. hered.* ubi dicitur expresse, *auctoritatem posse perfecto negotio interponi*; quum tamen nos diximus in ipso statim negotio, non eo jam perfe-

cto

cto interponendam esse autoritatem. Hoc dubium tanti visum est Jacobo Gothofredo, JCto accuratissimo, ut in *Comment. ad L.* 29. *ff. de R. J.* textum emendare non dubitet, & pro *perfecto negotio* legere, *provecto negotio.* Sed non opus est tam violenta medicina. Autoritas omnino interponenda perfecto negotio, sed non jam pridem perfecto, verum statim simulac perfectum est, e. g. simulac pupillus dixit: promitto centum, statim perfecta hac promissione tutor debet addere, auctor fio. II. Quod tutor auctor fieri debeat pure, non sub conditione, e. g. non debet dicere, consentio, si id utile erit pupillo meo: sed pure, consentio. Rationem jam reddidimus, quia actus legitimus non admittit conditionem. *L.* 123. *ff. de R. J.*

## §. CCLI. CCLII.

Alterum axioma est: ***Auctoritate tutoris opus est, quoties deterior fieri posset conditio pupilli.*** Meliorem enim conditionem suam facere pupillus potest etiam sine tutoris auctoritate, non autem deteriorem ***pr. Inst. h. t.*** At quando dicitur meliorem conditionem suam reddere? & quando deteriorem? Resp. ***Meliorem*** reddit conditionem suam pupillus, quoties alter ipsi obligatur; e. g. quando alius pupillo promittit, donat, commodat: ***deteriorem*** autem, quoties pupillus se obligat alii, e. g. si pupillus alteri promittit, donat, commodat. Inde jam fluunt duæ perelegantes conclusiones: (a) quod pupillus sine auctoritate sibi ab alio stipulari, & quocumque titulo lucrativo adquirere possit. Sic enim alius pupillo, non ipse alii obligatur. Ergo potest pupillo, absente tutore promitti, donari, &c. (b) quod contractus bilaterales cum pupillo initi claudicent, i. e. alter pupillo obligatur, sed pupillus non obligatur alteri si tutoris auctoritas non accessit. E. g. pupillo mercator vendidit horologium aureum pro 100. florenis sine tutoris auctoritate; pupillus tu-

tori indicat, se emisse, tutori placet pretium, mittitque qui illos numeret. Mercator, quem interea venditionis pœnituit, negat se 100. florenis venditurum, nec ex contractu cum pupillo inito se obligari putat. Quæritur, an obligetur? Omnino. Sed si pupillum vellet cogere mercator, ut pretium solvat, recte responderet pupillus, se sine tutore non obligari potuisse. At injustum videtur mercatorem obligari, pupillum non obligari ex eodem contractu. Sed resp. id non esse absurdum. Sibi enim imputare debet qui cum pupillo sine tutore iniit contractum, adeoque nec ægre ferre, quod contractus hic claudicet, nec sit ex utraque parte obligatorius.

## §. CCLIII.

Sed maxima hic dubitatio oriri posset de aditione hereditatis, an & illa tutoris auctoritatem exigat? Posset videri supervacua hæc auctoritas, quia hereditatem adiens conditionem suam reddere soleat meliorem, & hoc casu opus non sit auctoritate tutoris, secundum regulam nostram expositam §. 251: & tamen leges diserte vetant pupillum sine tutoris auctoritate adire hereditatem *L.* 9. §. 3. *ff. h. t.* §. 1. *Inst. h. t.* Quænam ratio? Plerique dicunt, id ideo prohibuisse leges, quia hereditatis aditio fit periculosa ob latitans æs alienum. Sed hæc ratio non sufficit. Nam in §. 2. *Inst. h. t.* expresse dicitur, pupillum non adire posse sine tutore, *licet hereditas lucrosa sit.* Alia itaque, & quidem duplex ratio observanda: (1) Quia aditio hereditatis est quasi contractus, quo se adiens obligat legatariis & fidecommissariis ad exsolvendum id, quod ipsi testamento relictum. *L.* 8. *pr. ff. de adqu. her.* Atqui obligare se non posse pupillum sine tutoris auctoritate diximus ad §. 251. (2) Aditio hereditatis erat actus legitimus, *L.* 77. *ff. de R. J.* Atqui actus legitimi explicari a pupillo non poterant sine auctoritate tutoris. *L.* 19. *ff. h. t.* Ergo opus erat

rat in adeunda hereditate auctoritate tutoris. Q. E. D.

§. CCLIV. CCLV.

Tertium axioma est: *Tutor auctoritate sua supplet judicium pupilli.* Inde denuo variæ conclusiones. (1) Tutor fieri non potest auctor in rem suam. §. 3. *Inst. h. t.*, i. e. non potest tutor interponere auctoritatem in negotio, quod inter tutorem & pupillum intercedit. Ratio hæc est: Dum tutor supplet judicium pupilli, ipse & pupillus quasi unam & eamdem personam constituunt. Una persona non potest secum ipsa contrahere: ergo nec tutor dum pupillo, ita ut ipse auctor fiat. Ex eo porro sequitur (2) tutorem a pupillo emere non posse. *L.* 43. §. 7. *ff. de Contr. Emt.* Sic enim tutor fieret auctor in rem suam, quod fieri non posse diximus. Addita tamen est exceptio: Posse nimirum tutorem rem pupilli emere sub hasta, i. e. uti nos loquimur, by Budel-Gold, per modum auctionis, *L.* 5. *C. de contr. emt.* Ratio est quia ibi lædi non potest pupillus, cum pretium ibi non conventione definiatur, sed licitatione, ita ut plus licitati semper res addicatur. Si lis oriatur inter tutorem & pupillum, *pupillum accipere debere specialem curatorem in litem.* Pupillus enim litem contestans quasi contrahit, qui quasi contrahit, se obligat; obligare se pupillus non potest sine auctoritate tutoris; tutor autem fieri non potest in rem suam, ergo alius dandus est, qui auctor fiat. Q. E. D. Is olim vocabatur *tutor prætorianus*, ut adparet ex Ulpiani *fragm. Tit. XI.* §. 24. Sed Justinianus eum *curatorem in litem* vocare maluit, quia tutorem habenti dari non soleat tutor.

§. CCLVI.

Superest, ut de usu hujus tituli dicamus; ubi observamus paucis: (1) Hodie non esse auctoritatem actum legitimum, & hinc etiam absente tutore per literas, imo & peracto jam pridem ne-

gotio per ratihabitionem interponi posse. Et quis hodie tutori hoc imponeret onus, ut si e. g. pupillus in academia viveret, & ibi aliquid emerer, tutor cogatur eo proficisci & præsens interponere auctoritatem? (2) Hodie non magnum discrimen observari inter pupillos infantes, & infantia majores. Nam sane tutores fere omnia hodie sine pupillis agunt, cujuscumque sint ætatis, unde magis *administrant* hodie tutores, quam *auctoritatem interponunt* secundum ea, quæ diximus §. 247. seq. Reliqua omnino usu recepta sunt, & hinc nec hodie pupillus obligatur, hereditarem adit, promittit sine tutoris auctoritate: nec hodie contractus cum pupillo, absente & non consentiente tutore, initus obligat ex utraque parte, sed est claudicans tantum, &c.

## TIT. XXII.

## QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

### §. CCLVII.

PErtractavimus hactenus tres partes ad tractatum de tutela pertinentes. Vidimus enim (α) in genere, quid sit tutela? (β) quotuplex sit? (γ) quodnam sit tutoris officium? Sequitur jam quarta pars *de modis quibus tutela finitur.* Et hic quidem titulus est facillimus. Omnes enim modi nituntur hoc axiomate: *Cessante tutelæ caussa cessat tutela.* Caussa illa tutelæ est *tuitio ejus, qui per ætatem se sponte defendere nequit;* ut diximus in definitione tutelæ §. CCIII. Ergo si defensione vel opus non est, vel ea præstari a tutore nequit, tutelam finiri oportet.

### §. CCLVIII.

Ex hoc axiomate facile patet, *morte* solvi tutelam, sive moriatur tutor, sive pupillus. Ille enim ubi ad plures abiit, pupillum tueri nequit: hic properantibus fatis extinctus defensione viventis non indiget; ergo cessat utroque casu tutela.

tela. Ex eo colligitur quoque, tutelam ad heredes non transire. Est enim munus publicum, (§. 204.) & quidem personale. Quod munus personale est, id cum persona exspirat, adeoque non transit ad heredes. Ergo si pater meus fuerit tutor, vel a testatore vel a prætore datus, ego illi mortuo non succedo in tutela. Est & alia hujus rei ratio, quia tutores a testatore & prætore ex singulari fiducia in personis aliquibus collocatis dantur. Personæ ergo fides & industria eligitur. Ea fiducia vero non semper in heredibus quoque poni potest, nec eorum semper eadem est fides & industria: ergo nec tutela ad heredes transit. Excepta tamen est tutela legitima, quæ omnino ad heredes transit, si sint proximi agnati & habiles. In schemate (Fig. 17. Tab. II.) fingamus, primum impuberem accipere debere tutorem. Proximi ejus agnati sunt quartus & quintus, ipsi in tertio gradu juncti. Ergo hi fiunt tutores, & quidem simul, quia sunt pari gradu (§. 220.). Fingamus jam quartum & quintum ante primi pubertatem diem obire supremum, sic tutores erunt quinti heredes, sextus & septimus, modo ipsi sint majorennes & habiles. Cur vero? Quia exstinctis quarto & quinto fiunt agnati proximi, & ita intelligenda *L.* 26. §. 1. *ff. de tut. L.* 46. *ff. famil. erc:sc.*

§. CCLIX.

Alter modus, quo tutela finitur, est *capitis deminutio*. Quia enim illam morti comparari supra vidimus (§. 225.) *L.* 209. *ff. de R. J.* eundem etiam effectum tribuunt JCti capitis deminutioni, quem habet mors. Quia ergo morte finitur tutela, ergo & capitis deminutione eam finire censuerunt. Sed probe tamen notanda differentia inter capitis deminutionem *pupilli* & *tutoris*. Pupillo enim capite deminuto tutela finitur, sive maximam passus sit, sive mediam, sive minimam. Tutor autem tutelam quidem amittit per capitis deminutionem maximam & mediam, non autem minimam, §. 1. §. 3. §. 4. *Inst. h. t.* Ratio est hæc: Si pupillus maximam capitis deminutionem

patitur, fit servus, si mediam, fit peregrinus; si minimam, fit filiusfamilias per arrogationem. Atqui servus non potest esse sub tutela, quia tutela est potestas in capite libero (§. 203.), nec peregrinus, quia tutela est jus civibus Romanis proprium (§. 207.), nec filiusfamilias, quia is est sub patria potestate, & patrem habenti tutor non datur (§. 207. 2.). Quod vero tutor capitis deminutionem passus maximam vel mediam, amittat tutelam, eam habet rationem, quia servus & peregrinus non possunt esse tutores, quippe incapaces muneris publici (§. 205. 2.). Minima autem capitis deminutio tutori ideo non nocet, quia & filiusfamilias potest tutor esse, & in muneribus publicis pro patrefamilias habetur, *L.* 9. *ff. de his qui sui vel alieni.* Exceptio quidem olim erat in tutoribus legitimis, qui & minimam passi capitis deminutionem tutela privabantur, quia illis fundamentum erat jus agnationis; id vero omni capitis deminutione tollebatur (§. 222.). Sed quum hodie per *Novellam* 118. *c.* 145. etiam cognati fiant tutores (§. 221.), cognatio autem minima capitis deminutione non tollitur: hinc hodie cessat exceptio, & universalis fit regula, *tutor minimam passus capitis deminutionem tutelam nunquam amittit.*

## §. CCLX.

Tertius modus, quo finitur tutela, est *Pubertas.* Datur enim tutela, quia pupillus *propter ætatem se ipsum defendere sponte nequit.* Ea vero cessat ratio, si jam justæ sit ætatis, vel pubes. Ergo tunc & tutela finitur. Sed quæritur, quando quis fiat pubes? Hic lis fuit inter veteres sectas. Proculejani pubertatem æstimandam putabant ex corporis habitu: Sabiniani ex annis, nempe 14. in masculis, 12. in feminis. Javolenus Priscus, quasi conciliaturus hos dissentientes utrumque putabat conjungendum. Qua de re exstant duo loca hic conferenda omnino. Unus Ulpiani *in Fragm. Tit. II.* §. 28. Alter apud Servium in *Schol. ad Virgil.* Aeneid.

*Aeneid. lib. VII. v.* 95. & *eclog. VIII. v.* 54. Sed Justinianus hanc litem definivit in *Leg. fin. C. quando tut. esse desin.* & *pr. Inst. h. t.* & sententiam Sabinianorum confirmavit. Et recte quidem, sed ita tamen ut non videatur imperator Proculejanos intellexisse. Dicit enim, sæculi sui pudore indignam esse indecoram corporis inspectionem, qua pubertatem explorandam judicarunt Proculejani. Sed *habitus corporis*, ex quo Proculus explorari voluit pubertatem, non videtur significare inspectionem partium verendarum, sed externi corporis habitus, an scil. barba propullulet? an vox fiat mascula? Id explorari jubebant Proculejani. Vid. *Antiq. Rom. h. t.* Equidem V. A. Corn. van Bynkershoeck, *Observat. Lib. III. c.* 24. & Gundlingius in *Gundlingianis*, *Part. XXIV. diss.* 7. operose probant inspectionem verendarum partium olim omnino & in exploratione pubertatis receptam fuisse. Sed omnia exempla pertinent ad quæstiones nuptiales, e. g. si lis erat, an sponsus sit habilis ad matrimonium? an inire possit feminam? quibus casibus & hodie aliquando inspectio a judice decernitur. Sed si quæstio erat de definienda tutela, numquam sane factam credo ejusmodi explorationem genitalium, adeoque Justinianum hic manifesto Proculejanos non intellexisse arbitror. Utut se res habeat, hodie pubertas semper ex annis judicatur, & pueri quidem, si annum 14. superarunt, quia tunc exegerunt duos annos climactericos, puellæ autem si annos 12. habent, quia videtur

*Jam matura viro, jam plenis nubilis annis.*

§. CCLXI.

Quartus modus est *veniens dies* vel *existens conditio*. Sed hunc modum ad solam tutelam testamentariam pertinere monuimus. Solo enim testamento tutor dari potest *in diem* vel *sub conditione* (§. 215. 5.); non autem tutor a prætore constitutus, uti pluribus probatum §. 245. Hinc si e. g. pater in testamento scripserit: Titius tutor

liberorum meorum esto per quinquennium; vel, tutor esto, si sine liberis erit, tunc elapso quinquennio, vel si liberos procreet tutor, tutela cessabit, quia jam venit dies & conditio existit.

§. CCLXII.

Quintus modus, quo finitur tutela est *excusatio*; & sextus *remotio suspecti tutoris*, §. *ult. Inst. h. t.* Et de his modis jam agi debuisset, sed quia hi modi tutoribus & curatoribus sunt communes, & utique tum *excusari*, tum tamquam *suspecti removeri* possunt, hinc hanc tractationem imperator rejecit in titulos ultimos hujus libri, quo & nos rem integram servabimus.

§. CCLXIII.

Jam vero majoris momenti quæstio est, quid tutori incumbat finita tutela? Resp. ut rationes reddat, & reliqua restituat. Hoc ea ratione tutelæ fluit. Datur tutor primario personæ: secundario rei, (§. 206. *). Qui res alienas administrat, is tenetur ad rationes reddendas, ergo & tutor. Non prius autem jure Romano rationes reddit, quam finita tutela. *L.* 9. §. 4. *de tut. & rat. distrah.*, quia administratio rerum non prius cessat. Sed quid si nolit tutor rationes reddere? Tunc locus est *actioni tutelæ* cum actionibus *de suspectis tutoribus & de rationibus distrahendis* non confundendæ. Differunt enim & *tempore*, quo instituendæ sunt, & *fine*, quem intendunt. *Actio de suspectis* instituitur *durante tutela*, si tutor non ex fide gerat; *actio tutelæ* instituitur *finita tutela, & rationibus nondum redditis*; *actio de distrahendis rationibus actio jam redditis* quidem, sed male & fraudulenter redditis. Primæ actionis finis est, ut tutor *removeatur*; secundæ, ut *rationes reddat*; tertiæ denique ut rationes ab illo redditæ *distrahantur, & si quid subtraxerit, ejus duplum restituat.* Ceterum de actione tutelæ observandum, eam (1) esse vel *directam* vel *contrariam*. *Directa* datur pupillo post pubertatem contra tutorem ejusve heredes ad reddendas rationes & reliqua restituenda: *contrariam* vero instituit

tuit tutor finita tutela adversus pupillum, ut se indemnem præstet, e. g. si tutor in rem pupilli impensas fecerit, si damnum sine culpa sua ex tutela passus sit &c.

Observandum de eadem actione, (2) quod directa actio infamat, si tutor propter dolum vel culpam latam fuerit condemnatus, *L.* 1. *ff. de his qui not. infam.* Quo majorem enim in eo collocamus fiduciam, quem tutorem damus pupillis, eo turpior est dolus, quo pupillum circumvenit, & hinc ille merito infamia coercetur.

## §. CCLXIV.

Superest *Usus* hujus tituli, qui omnino negari nequit. Omnes enim modi finiendi tutelam adhuc in viridi sunt observantia, præter solam forte capitis deminutionem maximam & mediam. Recepta quoque procul dubio *actio tutelæ*. Sed id tamen singulare est: (α) Quod plerisque locis anno 14. tutelam quidem finiri dicitur, sed tamen tutor sub nomine curatoris eadem fere auctoritate continuat administrationem usque ad majorennitatem. Ita sane se res habet apud gentes fere omnes originis Germanicæ, & hinc eruditi recte docent, Germanos differentiam tutorum & curatorum plane ignorasse; ceu clar. Jo. Ge. Beyerus. JCtus olim Wittebergensis, singulari dissertatione demonstravit. (β) Id quoque singulare est, quod in universa Germania per *recess. imper.* 1648. rationes a tutore non demum finita tutela reddendæ sint, sed quotannis, idque magistratus cujusvis loci ex officio urgere debeat, quamvis nulla actio tutelæ instituatur, quam etiam impubes instituere non potest, quia non habet personam standi in judicio. Reliquæ, ut dixi, hujus tituli doctrinæ ubique hodienum in viridi sunt observantia.

## TIT. XXIII.

## DE CURATORIBUS.

### §. CCLXV.

Quæ hactenus pertractavimus, ad solam tutelam pertinent. Sequitur jam *curatio*, vel *curatela*. *Curare & procurare* sæpe sunt synonyma, quemadmodum & *curator* & *procurator*. *Procurare* autem & *curare* est negotia aliena administrare, vel bonorum alterius curam suscipere; veluti apud *Plaut. Epidic. Act.* 1. *Scen.* 2. *v.* 27.

*Quod ad me attinuit, curavi, quod mandasti mihi.* Idem in *Mostell. Act.* 1. *Scen.* 1. *v.* 24.

*Hoccine mandavit tibi, quum peregre hinc ivit senex? Hoccine modo hic rem curatam offendet suam?* & alibi passim. Unde & a Corn. van Bynkershoek *Obs. II.* 20. animadversum est, procuratores Cæsaris etiam *curatores Cæsaris* dictos. Add. *L.* 1. *C. si tut. vel cur. inter.*

### §. CCLXVI.

Ex hac vocis significatione jam statim fluit definitio curatoris & curatelæ. *Curatela* nimirum est *potestas administrandi bona & rem familiarem eorum, qui rebus suis ipsi superesse nequeunt.* Dico (1) *potestas* non adquisitiva, qualis est patris in filios, domini in servos, sed *directiva*, qualis omnibus rerum alienarum administratoribus competit. Dico (2) *administrandi bona & rem familiarem.* Quemadmodum enim tutor personam pupilli tuetur, adeoque tutela est vis & potestas ad tuendum eum, qui per ætatem ipse se defendere nequit, *L.* 1. *ff. de tut.*, ita curatela est potestas administrandi *res* vel *bona*. Addo (3) *Qui rebus suis ipsi superesse nequeunt.* Ergo curatores dantur iis, qui quidem plenæ sunt personæ & perfectæ, id est, puberes, sed tamen ob alium impedimentum res suas ipsi curare non possunt, quales

les sunt *minores*, *furiosi*, *prodigi*, *perpetua valetudine oppressi*, *absente &c.*

## §. CCLXVII.

Ex hac porro definitione per se patet quænam sit inter tutorem & curatorem differentia. Videbimus illas omnes. (1) Tutor primario datur personæ, secundario rebus: curator primario rebus, secundario personæ (§. 207. 1.). Pupillus enim est persona veluti dimidia, & hinc integranda & supplenda per tutorem ejusque auctoritatem: at pubes est persona plena & perfecta, adeoque opus non est, ut supplementum accedat per tutorem. Quia tamen non semper est paterfamilias bonus & frugi, hinc ei adjungendus curator, qui bonis administrandis invigilet, detque operam primario, ne ea quidquam detrimenti capiant, quamvis secundario etiam personæ adsistat. En primum discrimen, de quo evolvendæ leges allegatæ, & simul repetenda, quæ supra diximus (§. 247 2.). Tutor interponit *auctoritatem*, quia veluti personam auget & defectum impubertatis supplet, *L.* 52. §. 2. *ff. de adqu. vel amitt. possess.*, curator autem, quia puberum personæ nihil deest, non auctoritatem, sed *consensum* interponere dicitur. Unde in ff. Tit. VIII. Lib. XXVI. inscribitur de *auctoritate & consensu tutorum & curatorem*, ut adeo auctoritas ad tutores, consensus ad curatores pertineat. (3) Tutorem habenti tutor dari non potest, e. g. si lis inter tutorem & pupillum oriatur; tunc enim interea datur curator in litem, quia tutor in rem suam auctor fieri nou potest, (§. 254.) *L.* 27. *ff. de test. tut. L.* 21. §. *ult. ff. de excus. L.* 38. §. 8. *ff. administ. tut. L.* 17. *ff. de tut. L.* 15. *de tut. dat.*

## §. CCLXVIII.

Sed jam quotuplex sit curatela, disquirendum erit. Tutelam supra divisimus in testamentariam, legitimam, & dativam (§. 208. 209): an & cura-

telæ

telæ totidem sunt species? Resp. minime. Datur quidem curatela legitima, quæ proximis agnatis vel cognatis defertur. Datur etiam *dativa*, quæ a magistratu mandatur. Ast *testamentariæ* plane non est locus. Nam (1) Lex XII. Tabb. parentibus quidem permiserat *legare vel testamentum condere suæ rei*, (§. 208.) Ulpian. *Fragm. tit. XI.* §. 14. non autem de curatela suæ rei. (2) Absurdum videbatur patrem de curatela disponere in id tempus, quo filius ipse possit condere testamentum. Quemadmodum ergo substitutio pupillaris cessat pubertate, quia pater non potest filio heredem instituere in id tempus, quo ipse filius testari & heredem constituere potest, *L. 14. ff. de vulg. & pupill. substit.*, ita & tutorem dare potest ad tempus pubertatis, non autem curatorem post pubertatem, quia tunc filius ipse testamentum condit, adeoque provisio paterna eo usque pertingere non potest. Est itaque curatela vel *legitima*, vel *dativa*. *Legitima* est, quæ competit ex lege proximis agnatis & cognatis; eaque est vel *furiosorum*, vel *prodigorum*: *dativa* quæ defertur a magistratu; estque vel *minorum*, vel *morbo impeditorum*, vel *absentium*, quæ omnia hic occupare voluimus, quamvis §. 273. demum ea de re in libello disseruerimus.

I. Prima species curatelæ legitimæ est *curatela furiosorum*. Legibus enim XII. Tabb. cautum fuerat, ut furioso curatores essent proximi agnati & gentiles, Cic. *Quæst. Tusc. lib.* 3. *c.* 11. Quinam sint agnati, quinam gentiles hic non repetimus. Rem totam explicavimus supra §. CCXX, ostendimusque agnatos esse omnes ejusdem cognominis, gentiles omnes ejusdem nominis, e. g. Cicerones omnes Ciceronis erant agnati, omnes Tullii ejusdem gentiles; illi enim ex eadem cum illo familia, (de la même branche,) hi ex eadem gente (de la même maison) prodierant. Qui ergo in furorem incidebat, illi curator adjungebatur frater: si fratrem non haberet, patruus; si patruus non adesset, alii remotiores, eodem modo, uti ,

uti supra de tutela legitimorum ostendimus (§§. 220. 221.): ubi etiam observavimus, hodie ob *Nov.* 118. *c.* 4. inter agnatos & cognatos non esse differentiam, adeoque illi non modo, sed & hi ad curatelam vocantur. Sunt qui curatelam furiosi hodie legitimam esse negant ob *L.* 6. *&* *L.* 13. *ff. de curat. furios.*, ubi magistratus furiosis curatores dicuntur dare cognita caussa. Si itaque magistratus dant, sane non erunt curatores legitimi? Sed responsio latet in illa ipsa Lege 13. ubi additur: prætorem non facile prateriturum propinquos, qui habiles sint. Legitima ergo recte vocatur & hodie hæc curatela (1), quia est ex Leg. XII. Tabb., (2) quia iisdem competit, quibus lex defert successionem ab intestato. Quod autem magistratus jure novo curatores furiosis caussa cognita dare cæperit, id inde factum, quia sæpe propinqui cognati alicujus bonis inhiantes eum furiosum esse dicerent, eoque colore bona ejus invaderent tamquam curatores legitimi. Cujus rei lepidum exemplum exstat in *Plaut. Menæchm. Act. V. Scen. II. v.* 75. *seqq.*, ubi mulier ejusque pater Menæchmum Sosiclem habent pro furioso, cum esset satis sanus: imo & ad medicum illum rapi jubent, ut ibi curetur, cum ipso medico magis saperet. Ne itaque ita illuderetur aliorum simplicitati, prætor quidem promisit agnatos se admissurum esse ad curatelam furiosorum, sed nonnisi caussa cognita, si scil. sibi prius liquido constet furere illum, cujus curatelam ambiunt. Ceterum obiter noto, apud Latinos inde natum esse elegans proverbium, *ad agnatos & gentiles remittendus*; quo utebantur, si quem non sanæ mentis esse significarent.

## §. CCLXIX.

II. Sequitur altera legitimæ curatelæ species, puta *prodigorum*. Nam & hi æque sub curatione agnatorum & cognatorum erant ac furiosi, quia & ipsi furiosum rerum suarum exitum facere di-

cebantur, *L.* 12. §. 2 *ff. de tut. dat.* Unde omnia hic repetenda, quæ §. 263. diximus. Est & hæc curatela ex XII. Tabb. non quod expresse in illis mentio istius fieret, sed quod per interpretationem extensivam ex illa eliceretur a JCtis. Nimirum JCti existimabant, ratione œconomiæ, nihil interesse inter furiosum & prodigum. Quum ergo curator detur furiosis, quia male res suas disperdunt, talem etiam merito dandum prodigis, quia, *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio esse debet.* Id modo explicandum superest, quinam sint *prodigi?* Respondeo, distinguendum esse inter prodigos juridice & moraliter tales. *Morales* dicuntur *prodigi* quicumque impensarum nec modum nec finem faciunt, adeoque abliguriunt bona sua. Sed in hoc sensu hic non accipimus vocabulum. Si enim omnes prodigi hujus generis acciperent curatores, verendum esset, ut satis multi futuri sint, quibus curatores constitui possint. At *juridice prodigi*, vocantur, quibus a prætore bonis interdictum. Cognita enim caussa, ubi prætor reperiebat aliquem esse prodigum, decretum interponebat, cujus formulam elegantissimam nobis servavit Paullus *Recept. Sent. Lib. III. Tit.* 4r. §. 7. Quando tu bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuo ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. Eo facto statim sub cura agnatorum ac gentilium esse incipiebat prodigus.

§. CCLXX. CCLXXI.

*Dativæ curatelæ* species: prima est *curatela minorum*. An ergo & his curatores dari jusserat L. XII. Tabb.? Minime, idque ob duplicem rationem. Nam (1) eo tempore, quo XII. Tabb. condebantur, severa erat & accurata Romanorum disciplina, & hinc tam frugi & boni adolescentes, ut iis non opus videretur curatoribus; quod sequiore ævo aliter se habere cœperat, postquam luxus inolevisset. (2) Quia tantum furiosi & prodigi accipiebant curatores, curatela quodammodo videbatur ignominiosa. Hinc nolebant veteres legis-

gislatores ingenuorum adolescentium pudorem sugillare, eosque veluti eodem loco & numero habere cum furiosis & prodigis. Ignominiæ hujus, quam curatelæ adhæsisse diximus, vestigium exstat in *L.* 2. *ff. si a par. quis manum.*, ubi *iniquum* esse dicitur *ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.* At procedente tamen tempore e republ. fore creditum est ut minoribus subcurreretur, quia lubrico ætatis facile labi possint ac decipi. Et hinc lata lex *Lætoria*, antiquior temporibus Plauti, qui eam *quinam vicennariam* adpellitat in *Pseud. Act. I. Scen. III. v.* 68. Ea itaque lege 1) finiti anni majorennitatis, ut majorennes haberentur, qui majores essent XXV. annis, *L.* 2. *C. Theod. de Donat.* 2) introductum est beneficium restitutionis in integrum in gratiam minorum ex contractu aliove negotio læsorum, *Plaut. Rud. A. V. sc.* 3. *v.* 25. *Priscianus lib. VIII. p.* 794. *& lib. XVIII. p.* 1164. 3) Etiam cautum est, ut minoribus 25. annis volentibus (invitis enim curatorem obtrudere ignominiosum videbatur) curatores caussa cognita darentur. Attamen non sic quidem satis consultum videbatur minoribus. Nam (a) non omnibus dabatur curator, sed petentibus: (b) non dabatur ille, nisi caussa cognita. Hinc Marcus Antoninus imp. demum statuit, ut (1) omnes adolescentes curatores acciperent, etiam (2) caussis non cognitis. Vid. *Jul. Capitol. in vita M. Anton. c.* 10., quem locum in ipso libro nostro in scholio huic §. subjecto interpretati sumus. Ex eo itaque tempore demum omnes minorennes curatores acceperunt.

§. CCLXXII.

Sed hic tamen non leve dubium oritur. Nam omnes ex constitut. Marci Anton. Imp. accipiunt curatores, & tamen expresse dicit Justinianus §. 2. *Inst. h. t.* eos non invitos accipere, sed petentes; quod & reperitur in *L.* 13. §. 2. *ff. de Tut. & Cur. dat. L.* 2. §. *pen. & ult. ff. qui pet. tut. & cur.?* Sed respondeo, utrumque consistere posse. Nam curatores non dantur minoribus nisi petentibus &

de-

desiderantibus: sed Marcus Antoninus elegans adinvenit medium cogendi juvenes, ut petant. Non prius enim accipiunt rerum suarum administrationem, nec prius tutela finita creditur, quam curatorem petant. *L.* 1. §. *ult. ff. de min. L.* 33. §. 1. *L.* 28. §. 1. *L.* 31. *ff. de admin. tut.* Si itaque juvenes tutela volunt liberari, (quod sane volunt omnes) debent petere curatores. Et sic curator datur petentibus, & tamen etiam omnibus. Observanda hæc sunt probe, quia *Ravardus l.* 1. *var. c.* 12. Dn. Thomasius *in annot. ad Inst.*, & alii hic gravissime insectantur Tribonianum, quod scripserit adolescentes curatores non accipere invitos. Quasi vero probabile sit, Tribonianum jus suorum temporum adeo ignorasse, ut nesciverit quidem an curatores omnibus adolescentibus dentur, nec ne? Id quod sane hodie ne stupidissimus quidem notariorum ignorat, an Triboniano ignotum fuisse dicamus?

§. CCLXXIII. CCLXXIV.

Paragraphum CCLXIII. jam supra explicavimus cum §. CCLXVIII. Ergo superest tantum, ut videamus, 1) quis curatores constituat? 2) quomodo curatela finiatur? 3) quæ actio adversus curatores detur finita curatela? 4) quid sit actor, & quomodo a curatore differat?

I. Curatores itaque dant quicumque dant tutores. Hinc olim curatores dabant in urbe prætor cum majore parte tribunorum plebis, in provinciis præsides. Postea & alii magistratus speciali lege hanc potestatem acceperunt, ceu diximus §. 242. Hodie cum omnes magistratus, qui vel civili jurisdictione gaudent, tutores dare possint, §. 246. etiam iidem dabunt curatores. Ex eodem fluit omnes, qui tutores esse possunt, posse etiam curatores dari, adeoque & filiosfamilias, modo sint majorennes. Sed id quæritur, an qui tutor sit cogi possit, ut & curatelam suscipiat? Negatur in §. 18. *Inst. de excus. tut.*, & ratio est, quia incivile est amicum duplici onere gravare, quum sufficiat eum in paucis gratificare. At hodie tamen

men fere ubique receptum est ut qui tutor fuit, & curatelam continuet usque ad tempus majorennitatis.

§. CCLXXV.

II. Ad quæstionem, *quomodo finiatur tutela?* facile respondetur. Nam 1) ex parte ejus, cui curator datur, curatela finitur, quoties caussa, ob quam datur, cessat. Sic e. g. cessant prodigalitate, morbo, minorennitate, cessat curatela prodigorum, ægrotantium, minorum: *cessante enim caussa cessat effectus.* 2) Ex parte curatoris curatela finitur (α) per excusationem, e. g. si curator probet, se re publica absentem curatelæ præesse non posse. (β) Per remotionem, puta si curator non ex fide gerat, & hinc tamquam suspectus removeatur. Sed de his Tit. penult. & ult. dicemus.

§. CCLXXVI.

III. Æque facilis est quæstio, *quæ actio adversus curatorem competat finita jam curatela?* Respondemus, *actio tutelæ*, de qua supra (§. 263.) diximus, verum non directa, sed *utilis*. Quemadmodum itaque finita tutela agit pupillus adversus tutorem ut rationes reddat, & reliqua restituat; & contra tutor adversus pupillum, ut se indemnem præstet, *L. 1. pr. seq. ff. de tut. & rat. distrah.*, ita & curatela finita agit minorennis adversus curatorem ut rationes reddat, & reliqua restituat; & contra curator adversus minorennem, cujus res curavit, ad consequendam indemnitatem *L. 3. C. de arbitr. tut.* Hæc facilia. Sed id unicum adhuc dispectionem nostram meretur, cur hæc actio dicatur *utilis*, quum altera, quæ inter tutorem & pupillum competit, dicatur *directa*? Semel hoc monendum, quod sæpius recurret. Quæcumque actiones ex *ipsis verbis* legis fluunt, dicuntur *directæ*; quæ a JCtis per interpretationem inventæ sunt, quia non quidem ex verbis, sed tamen *ex ratione legis* fluunt, illæ dicuntur *utiles*; quæ denique a prætore præter verba legis inducuntur, illæ vocantur *actiones in factum*. Cujus

rei

rei elegans exemplum est in §. *ult. Inst. de L. Aquil.*, ubi describitur actio ex lege Aquilia *directa*, *utilis & in factum*. Quia itaque leges XII. Tabb. mentionem quidem fecerunt *actionis tutelæ*, de curatoribus autem ne verbum quidem adjecerant, hinc JCti putarunt, eam actionem tutelæ, accommodari etiam posse curatoribus, quia *ubi eadem est ratio*, *ibi eadem est juris dispositio*. Et hinc eam actionem vocarunt *actionem tutelæ utilem*.

## §. CCLXXVII.

IV. Reliqua est quæstio, *quid sit Actor?* Actor alias significat eum, qui in judicio actionem instituit. Sed hic plane alio sensu accipitur. Est enim hic *actor mandatarius tutoris vel curatoris*. Quemadmodum enim, qui ipse in judicio vel extra judicium res suas administrare nequit, suas vices demandat *procuratori*: ita tutor vel procurator tunc vices demandat *actori*, §. *ult. Inst. h. t.* Videri hæ possent subtiles verborum captiones. Nam quid interest, sive procuratorem vocemus, sive actorem? Resp. Omnino interest multum. 1) Procurator enim, ut infra docebimus, fiebat dominus litis, ergo a solo domino constitui poterat, *L. 1. ff. de procons.* Atqui tutor & curator non sunt domini, sed administratores; ergo procuratorem constituere nequibant, sed actorem. Observandum itaque vocabulorum discrimen: dominus constituit *procuratorem*, universitas *syndicum*, tutor vel curator *actorem*. 2) Procurator simpliciter personam suam legitimat *mandato domini*: at actor *duplici indiget legitimatione*. Primo enim producit mandatum actorium a tutore vel curatore datum, deinde *tutorium*, seu instrumentum, quo tutor vel curator a magistratu est constitutus.

## §. CCLXXVIII.

Quod ad *usum* hujus tituli attinet, omnia quidem, quæ diximus, adhuc observantur, præter pau-

pauca. Nam 1) inter tutores & curatores hodie fere nihil est discriminis. 2) Qui tutor fuit, plerumque etiam est curator. 3) Majorennes hodie quibusdam locis fiunt citius, e. g. Hamburgi anno æt. 18; in Saxonia anno 21; in superiore Germania anno 20. Tam varia est ea in re praxis, quia fere pleræque gentes hunc quoque juris titulum receperunt salvis moribus patriis.

## TIT. XXIV.

## DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

### §. CCLXXIX.

Pergimus ad quædam quæ tutoribus & curatoribus communia esse diximus; qualia sunt *satisdatio*, de qua hoc titulo; *excusatio*, de qua sequente; & *suspecti crimen*, de quo titulo ultimo agitur. Hoc ergo titulo dispiciendum, 1) quid sit satisdatio? §. 279. 2.) cur tutores satisdent? §. 280. 3.) qui satisdent? §. 281-283. 4) quæ sint hujus satisdationis effecta? §. 284. 285.

*Satisdare* aliquando generaliter accipitur, aliquando specialiter, aliquando specialissime vel strictissime. *Generaliter* satisdatio dicitur omnis cautio, sive fiat fidejussionibus, sive pignoribus, sive jurejurando, sive nuda promissione, e. g. in *L.* 61. *ff. de V. S. L.* 49. *ff. de solut. Specialius* hoc vocabulum accipitur pro cautione per fidejussores & pignora; quæ cautione alias quoque *idoneæ* appellantur *L.* 59. *ff. ult.* §. *mand. Specialissime* autem satisdatur per fidejussores *L.* 1. *ff. qui satisd. coguntur.* Et in hoc ultimo sensu hic accipitur vocabulum, adeoque non aliam cautionem præstare possunt tutores & curatores, quam *fidejussoriam*, idque ob duas rationes. Nam 1) hæc cautio est prætoria, & a prætore exigi jubetur. Cautiones autem prætoriæ semper præstandæ sunt datis fidejussoribus, per *L.* 7. *ff. præst. stip.*, quæ

quæ lex maxime notanda. 2) Incertum est, quanti interfuturum sit pupilli, i. e. quantum damnum ei illaturus sit tutor. Hinc si pignora mille florenis æstimata dentur, & postea tutor damnum det decem millium, parum sane pupillo hac cautione pignoratitia prospectum esset. Itaque opus est fidejussoribus, qui in omnem eventum caveant, & promittant *rem pupillo salvam fore.*

§. CCLXXX.

Ex his ergo facile etiam patet, quam ob caussam inventa sit hæc satisdatio. Nam 1) tutor, quamvis personæ detur primario, tamen & res pupilli administrat; curator autem primario rebus datur. Atqui generalis illa regula est, ut qui administrant res alienas, & rationes reddant & satisdent. Et hinc & administratores vel procuratores rerum fiscalium, conductores prædiorum, immo & usufructuarii cavere jubentur, quia rebus alienis utuntur. Ergo & tutores & curatores. 2) Accedit specialis favor pupillorum. Interest enim reipublicæ eos, omni auxilio destitutos, vigilantia magistratuum res suas salvas habere. Id vero fieri non posset, nisi satisdare juberentur tutores & curatores.

§. CCLXXXI. CCLXXXII.

Sed tamen cum non omnes tutores vel curatores promiscue satisdare cogantur, quæstio jam tertia incidit, *quibus hoc onus incumbat, vel non incumbat?* Hic nostro more præmittimus axioma generale, ex quo deinde speciales conclusiones elicimus. *Axioma generale* est: *Omnes tutores vel curatores tenentur satisdare, in quos cadit ulla suspicio.* Nam id ex fine hujus satisdationis, de quo §. 280. diximus, patet. Ideo satisdatur, ut pupillo res salvæ sint. Si ergo nullum periculum sit, ne tutor vel curator res pupilli intervertat, cessante caussa merito etiam cessat effectus, nempe satisdatio. Ex hoc axiomate (1) discimus, qui non satisdent, (2) qui satisdare cogantur.

I. Non satisdare coguntur (1) tutores testamento dati. Cur? Quia pater videtur in morem & fidem

fidem illius, quem liberis tutorem dedit, diligenter inquisivisse, ejusque fidem & industriam perspectam habuisse. *L.* 7. §. 5. *C. de cur. furios.* Cum itaque in hos nulla cadat suspicio, sane per axioma nostrum merito ab hoc onere satisdationis liberantur. (2) Dati a majoribus magistratibus, veluti prætore, Coss. præsidibus provinciarum. Ratio est, quia hi majores magistratus non solent tutores nisi cum inquisitione dare. Si ergo diligenter in eorum mores inquisiverant, sane diligenter & fide digni reperti sunt. *L.* 13. §. *ult. ff. de tut. dat.* Si tales reperti, nulla in eos cadit suspicio. Ergo secundum axioma nostrum non opus est cautione.

II. Contra, facile apparet etiam qui satisdare cogantur. Nempe (1) omnes legitimi, *L.* 5. §. 1. *ff. de leg. tut.* Hi enim nec a testatore eliguntur, nec a magistratu; sed immediate a lege vocantur, non quod reliquis sint diligentiores, sed quod sanguine propiores. Ergo in eos cadit suspicio; imo eo magis cadit, quod sunt proximi heredes, & hinc facile hereditatem habere malunt, quam expectare (§. 218. seq.). Hinc secundum axioma nostrum satisdare coguntur. (2) Dati a magistratibus minoribus. Nam hi veluti tutores dant non cum inquisitione. Quia ergo sic nec fides datorum tutorum vel curatorum explorata est; hinc in eos cadit suspicio, ergo satisdare jubentur. (3) Etiam testamentarii, legitimi & dativi, qui se administrationi offerunt, §. 1. *Inst. h. t.* Non enim præsumuntur se oblaturos fuisse, nisi lucrum captarent. Qui hoc captant ex re pupilli, in eos cadit suspicio; ergo tenentur satisdare. Habetis totam rem, ejusque nexum cum principio. Sed hic elegans incidit inspectio, si plures sint tutores, vel testamento dati, vel legitimi ejusdem gradus; (nam hos omnes a lege simul vocari, supra §. CCXX. 3. diximus), *an tunc omnibus permittenda sit administratio, an ex pluribus unus, & quisnam potissimum præferendus?* Recte censuerunt JCti non expedire pupillo plures

tres tutores simul administrare. Nam plerumque hujusmodi administratio per plures sparsa negligentiam & confusionem parit, *L.* 3. §. 6. *ff. de admin. tut.* Hinc distinguitur, utrum modica sit tutela, an diffusior: si *diffusior*, tunc dividi potest administratio, ita ut unus e. g. rebus Hollandicis præsit, alter prædiorum Frisiorum curam gerat, tertius pecunias pupilli fœnori locet, &c. Sin *modica* est tutela & modicæ pupilli facultates, tunc pluribus datis tutoribus, uni defertur administratio d. *L.* 3. *ff.* §. 2. *eod.* Sed cui potissimum? Primo omnium ei, qui se offert, quoniam is tenetur tunc ad culpam levissimam, *L.* 53. §. 3. *ff. de furt.*, cujus rei rationem infra (§. 788. 3.) reddemus. Deinde si nemo se offerat, præfertur is, qui a testatore est designatus, quia ejus fidem & diligentiam quam maxime videtur adprobasse. Porro nemine designato ad eum pertinebit administratio, ad quem illam major pars tutorum defert. Quum enim par sit jus omnium, nihil æquius videtur, quam ut plurium suffragiis electus reliquis anteferatur. Denique nec contutoribus eligentibus prætoris est interponere officium, & unum, quem aptissimum putat designare. Multa enim hac in re relinquuntur magistratus officio arbitrioque, adeo ut nec testatoris voluntatem semper sequi, nec eum, qui se sponte offert, reliquis necessario præferre teneatur, ob caussas, quas affert Ulpianus *d. L.* 3. §. 3. *de adm. tut.* & *L.* 17. §. 12. *ff. de test. tutor.* Quisquis autem ex pluribus contutoribus solus administrationem suscipit, reliquis, ut diximus, tenetur satisdare, rem pupillo salvam fore, sive sit testamentarius, sive legitimus, sive dativus. Sed posset quis objicere, neminem per jura nostra alii posse stipulari, quam sibi §. 4. *Inst. de inutil stipul.* Hic autem contutores ab eo, qui administrationem suscipit, stipulantur rem pupillo salvam fore, adeoque non sibi stipulantur, sed alii, id est, pupillo: ergo stipulatio illa erit inutilis? Sed respondetur, regulam illam veram esse, sed cum exceptione, *nisi sti-*

*stipulantur intersit*, §. 18. *Inst. eod.* (conf. infra §. 853. 6. §. 866. 10.) Atqui hic vel maxime interest contutorum rem pupillo salvam fore. Nisi enim salva sit, ipsi periculum simul sustinent, & actione tutelæ tenentur ad damnum omne pupillo resarciendum (§. 263.).

§. CCLXXXIII.

Sed quæritur, *quomodo* satisdent tutores? Resp. satisdare est cavere datis fidejussoribus. Ergo fidejussores dandi. Porro fidejussio est species stipulationis; quia si per pactum nudum alterius obligationi quis accedit, non videtur *fidejussisse*, sed *constituisse* (§. 873.). Quum ergo fidejussio sit species stipulationis, unus necessario debebat interrogare: *Tunc fide tua promittis rem pupillo salvam fore?* & alter congrue respondere: *Fide* mea promitto (§. 829.) Jam nullum est dubium, quis respondere teneatur congrue? nempe fidejussor tenetur. Ast id erat ambiguum, quis interrogare deberet? Si pupillus fari posset, i. e. si esset major annis septem, ipse poterat interrogare, quia & sine auctoritate tutoris rem facere poterat meliorem (§. 251.). At quid si fari non posset? si adhuc esset infans? Tunc sane nec tutor interrogare poterat; quia nondum erat tutor ante satisdationem, nec magistratus vel agnati, quia nemo poterat alteri stipulari, §. 4. *Inst. de inutil. stipul.* Quid ergo? Respondebant veteres: 1) pro pupillo interrogare debere servum, quia servus stipulatione sua adquirit domino, ejusque stipulatio nonnisi ex domini persona valet (§. 848). 2) Si servum non haberet, emendum ei esse servum. 3) Si nec id fieri posset, tunc servum publicum interrogare debere, *L. 2. ff. rem. pub. salv. fore.* Si servus publicus interrogabat, satisdare dicebatur τῷ πρὸ ϰώδηϰι, tabulario; *Theophil. ad* §. 3. *Inst. de adopt.* Servi publici enim erant varii generis; alii erant apparitores magistratuum, alii lictores, alii viatores vel nuntii, alii tabellarii, i. e. ut hodie loquimur, servientes archivio. Et his præcipue incumbebat, ut interroga-

rent pro pupillis, ceu rem accurate exposuit Amaya JCtus elegantissimus *in Comment. ad Cod. lib. X. tit.* 69. *L.* 3. Sed, inquis, quo pacto servus publicus poterat stipulari rem pupillo salvam fore? sic sane ipse & alii stipulabantur, contra regulam §. 4. *Inst. de inutil. stipul.* Sed respondeo: Servus publicus erat servus totius civitatis vel reipublicæ, ergo & pupilli, qui erat istius reipublicæ civis. Ergo non modo toti civitati poterat stipulatione sua adquirere; sed & singulis civibus, si iis nominatim stipularetur. Vidit hoc Jac. Gothofredus, *Comment. ad R. J. p.* 522. Confer tamen *L.* 3. *ff. de præt. stip.* & *L.* 1. §. 4. *ff. ut legator.* Sed hodie his ambagibus non utimur. Nam si satisdatio exigitur, sufficit si fidejussores vel chirographo suo caveant, vel præsentes ad acta declarent, se fidejubere. Sollemnitatem enim illam stipulationum, & responsionum in foris nostris numquam recepimus.

## §. CCLXXXIV. CCLXXXV.

Reliquum est, ut & de effectu satisdationis tutorum videamus. Effectus, hic est, ut tres actiones habeat pupillus finita tutela ad rem suam consequendam, quæ ipsi abest. Nam 1. *actionem tutelæ* instituit adversus tutores, ut rationes reddant & reliqua restituant; de qua actione supra (§. 265.) diximus. 2) Si hac actione non recuperat a tutoribus rem suam, habet *actionem ex stipulatu adversus fidejussores*, ut resarciant damnum a tutoribus datum. Perinde autem est, sive tutores non solvendo, sive in fuga sint, sive non facile ob absentiam conveniri possint. Et de hac actione agit totus *tit. ff. de fidejuss. & nominat.* 3) Si ne fidejussores quidem sint idonei, ab iisque pupillus rem suam servare non possit, tunc culpa cadit in magistratum, qui hujusmodi fidejussores parum idoneos admisit, & contra hunc datur *actio subsidiaria*, de qua agit *Tit. ff. de magistr. convent.* Datur itaque hæc actio pupillo, qui finita tutela rem suam neque a tutore, neque a fidejussoribus recuperare

po-

potuit, (hos enim prius convenisse debet, antequam magistratum pulset hac actione). Datur non modo adversus personas, (non adversus collegium) quæ tutorem sine idoneis fidejussoribus dederunt, verum etiam, si culpa lata intercesserit, adversus earum heredes, (non adversus successores singulares) ad damnum omne resarciendum. Sed rarior tamen hæc actio est, nec magnum inde lucrum sperandum. Nam 1. semper pro magistratu militat præsumptio diligentiæ, donec probetur contrarium, eaque probatio satis plerumque difficilis est. 2. Liberatur magistratus, si ostendat eo tempore, quo se obligarint fidejussores, fuisse idoneos, & postea demum bonis lapsos, idque plerumque contingit, *L.* 1. §. 13. *ff. de mag. convent.* 3. Hodie paucis locis recepta est satisdatio, adeoque & magistratui imputari nequit si fidejussores non exegerit. 4. Generatim etiam ex regulis universalis prudentiæ periculosum est litigare cum magistratibus; eamque in rem exstat elegans *Thomasii diss. de exiguo usu doctrinæ Inst. de actione adversus judicem, qui litem suam fecit.*

§. CCLXXXVI.

Dixi paullo ante, hodie paucissimis locis receptam esse satisdationem. Sic in universa fere Germania tutores nec satisdant, nec jurant, quamvis id exigatur in *Recess. imp. vel. reform. polit. de a.* 1577. *Tit.* 32. §. 5. Caussa non facile reperitur. Dicunt, ideo non opus esse satisdatione, quia non dantur tutores nisi qui immobilia possident, in quibus pupillus gaudet tacita hypotheca. Sed id nec legislatoribus istis ignotum erat, qui nihilominus & jusjurandum & satisdationem exigunt. Sed caussa fortassis est, quam jocose non nemo fingit, Recessus imperii Germanici dici leges Germanicas, quia ab illis impune recedatur. Sed ne in Hollandia quidem & Frisia satisdationem exigi, verum jusjurandum docent *Sand. l. II. def.* 9. *tit.* 9. *Grot. manud. ad jus Belg. l.* 9. *Vinnius ad pr. Inst. h. t.*

## TIT. XXV.

## DE EXCUSATIONE TUTORUM ET CURATORUM.

### §. CCLXXXVII. CCLXXXVIII.

Præter satisdationem, & *excusatio* communis est tutoribus & curatoribus. Unde & de hac agitur hoc sequente titulo. Jam tria præmittenda, 1) cur tutoribus & curatoribus concedatur, ut se excusent? 2) quid *juridice* significet, *excusare?* 3) Quotuplices sint excusationes?

I. Tutoribus & curatoribus ideo excusationes quædam conceduntur, quia est munus publicum (§. 204.), & munera publica personalia omnes quidem tenebantur suscipere; sed quidam tamen erant *immunes*, e. g. milites: quidam *vacationem* habebant, veluti senes, veterani, legati; quidam *excusabantur*, si justa caussa iis esset in promptu, e. g. numerus liberorum. Hinc in libro I. Digestorum, ubi materia de muneribus publicis ex instituto exponitur, tituli occurrunt *de immunitate, de vocatione & excusatione munerum.* Quemadmodum itaque a reliquis muneribus publicis excusabant justæ caussæ, ita & æquum videbatur easdem a tutela excusare.

II. Observandum, vocabulum *excusare* aliud significare grammaticis, aliud JCtis. Grammaticis excusare est a caussa dictum, adeoque idem significat ac *caussam allegare, cur qui unus suscipere non teneatur.* At *Jureconsultis excusare est ob caussam gravem aliquem vel liberare, vel non admittere.* Sic e. g. in *L.* 1. §. 3. *ff. de postul.* dicit Ulpianus: *initium autem fecit prætor ab his, qui in totum prohibentur postulare; in quo edicto aut pueritiam aut casum excusavit;* ubi sane *excusare* idem est ac prohibere. Pueros enim & surdos non admitteret prætor, etiamsi vellent postulare, & ta-

& tamen eos excusare dicitur. Eodem sensu in *L. 2. ff. de decurion.* pueri dicuntur *a decurionatu ad tempus excusari*, i. e. prohiberi; ubi quidem Cujac. *Obs. Lib. XXVI.* 38. ingeniose legendum putat *excuriantur*, sed sine necessitate emendat textum satis integrum. Excusare ergo JCtis & caussas allegare significat & prohibere; quæ significatio vocis tam est singularis, ut Theophilus & reliqui JCti græci, quum viderent, nullum in lingua sua esse vocabulum ejusdem significationis, latinum retinere mallent, & inde fingerent græcum ἐξουσατεύειν. Quædam præclare in hanc rem observavit *Bynkershoek Obs. IV.* 20.

III. Jam facile intelligimus *quotuplices* sint excusationes tutorum & curatorum. Dividuntur enim 1) *in voluntarias, quæ oppositæ prosunt*, e. g. numerus liberorum. Si allegetur hæc caussa, excusat, si non allegetur, etiam multorum liberorum parens cogetur tutelam suscipere. Et 2) *necessarias, quæ etiam non oppositæ prohibent a tutela*; e. g. lis cum pupillo. Nam si de ea constat, prætor tutorem non admittit, quamvis ipse tutelam velit suscipere. De *voluntariis* agitur a §. 289. 294., de *necessariis* §. 295.; *de utrarumque allegatione* §. 296.-298.

### §. CCLXXXIX.

*Voluntariæ excussandi caussæ* iterum sunt triplices. Aut enim admittuntur 1) ob privilegium, §. 289-292. aut 2) ob impotentiam, §. 293., aut 3) ob existimationis periculum, §. 294.

I. *Ob privilegium* excusantur 1) *parentes plurium liberorum*. Et quidem Romæ excusabant tres, in Italia quatuor, in provinciis quinque, modo essent *naturales*, non adoptivi; *legitimi*, non spurii; *nati*, non nascituri: *superstites, vel bello amissi*, non mortui. Nam & qui pro patria ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere dicuntur. Hæc habes in *pr. Inst. h. t.* Sed quæritur, unde hoc privilegium sit? *Harprechtus*, qui Commentario grandi IV. Tomorum Institutiones illustravit, ad *pr. Inst. h. t.* dicit, esse hanc quæ-

stionem ex earum numero, quarum ratio reddi non possit. Lepide profecto. Est potius *ex lege Julia & Papia-Poppea*, quæ A. V. C. 762. sub Augusto lata est a M. Papio Mutilo & Q. Poppæo secundo consulibus suffectis. Dio. Cass. *lib. LVI. p.* 662. Nimirum Romani, non ut reliquæ gentes, libenter se nuptiis illigabant, sed ab iis, liberorumque procreatione maxime abhorrebant. Caussæ maxime tres erant: (a) cupiditas vitæ dissolutæ & vagæ Veneris, (b) luxus Romanarum feminarum, quas mariti vix satis splendide alere poterant; & (c) orbitatis honor. Qui enim non habebant uxores & liberos, ii ab omnibus colebantur, ad honores provehebantur, donis & beneficiis cumulabantur, quia unusquisque se iis heredem futurum sperabat. Elegans & prolixus ea de re locus exstat apud *Plautum in milit. glor. Act. III. Scen. I. v.* 92. *seq.*, ubi Periplectomenes senex, interrogatus cur uxorem non duxerit, respondet:

*Verum egone eam ducam domum?*
*Quæ mihi numquam hoc dicat: eme, mi vir, lanam, unde tibi pallium;*
*Malacum & calidum conficiatur, tunicæque hybernæ bonæ,*
*Ne algeas hac hyeme? Hoc numquam verbum ex uxore audias;*
*Sed priusquam galli cantent, quæ me somno suscitet,*
*Dicat: Da mihi, vir, calendis meam quod matrem juverit,*
*Da, qui faciat, da qui condiat, da quod dem quinquatribus,*
*Præcantrici, conjectrici, ariolæ, atque haruspicæ,*
*Flagitium est, si nihil mittetur, quo supercilio spicit.*
*Tum patritam clementer, non potest, quin munerem,*
*Jam pridem quia nihil abstulerit, succenset geraria.*

*Tum*

*Tum obstetrix expostulavit mecum, parum missum sibi.*
*Quid nutrici non missurus quidquam, quæ vernas alit?*
*Hæc atque hujus similia alia damna multa mulierum,*
*Me uxore prohibent, mibi quæ hujus similes sermones serant.*

Habes insignem luxum, quo se deterreri dicit Periplectomenes a ducenda uxore, ne reginam hujusmodi domi alere cogatur. Sed paullo post v. 111. & aliam caussam addit.

*Quando habeo multos cognatos, quid opus mihi sit liberis?*
*Nunc bene vivo & fortunate, atque ut volo, atque animo ut lubet.*
*Mea bona morte cognatis dicam, inter eos partiam;*
*Illi apud me edunt, me curant, visunt, quid agam, ecquid velim,*
*Priusquam lucet, adsunt, rogitant, noctu ut somnum ceperim;*
*Eos pro liberis habeo, quia mihi mittunt munera,*
*Sacrificant, dant inde partem mihi majorem quam sibi.*
*Adducunt ad exta, me ad se ad prandium, ad cœnam vocant,*
*Ille miserrimum se retur, minimum qui misit mihi.*
*Illi inter se certant donis: ego hoc mussito mecum:*
*Bona mea inhiant, certatim mittunt dona & munera,*

En, quam coluerint heredipetæ cælibes & orbos! & id plures deterrebat a nuptiis. Quum autem animadverteret Augustus numerum civium ob istud cælibatus studium quotidie decrescere, legem illam tulit, qua cælibatum & orbitatem variis pœnis coercuit; e. g. ut cælibes nihil ex testamento capere possent, orbi tantum dimidium: conjuges autem & parentes variis privilegiis ornavit, inter

 quæ

quæ & hoc fuit, ut qui tres haberent liberos Romæ, quatuor in Italia, quinque in provinciis, ab omnibus muneribus publicis adeoque a tutela quoque immunes essent. Prolixe historiam & singula capita hujus legis celeberrimæ restitui atque exposui in *Comment. ad Legem Juliam & Pap. Popp.* ubi & de hoc privilegio egi *lib. II. cap.* 8. *p.* 206. *seq.*

## §. CCXC.

*Ob privilegium* excusantur, (2) qui rem fiscalem administrant, vel rem dominicam vel patrimonium principis, item tributa & vectigalia &c. Hæc ut intelligamus, observandum trium olim fuisse generum bona publica, ut etiamnum sunt in rebuspublicis monarchicis: (1) *ærarium*, ad quod pertinebat omnia, quæ in dominio erant reipublicæ, quæque ad conservandam rempublicam colligebantur, e. g. tributa, vectigalia &c. (2) *Fiscum*, qui erat principis tamquam principis, eique a rep. adsignatus, ut aulam suam sustineret, & eo pertinebant bona caduca, ereptitia, confiscata; hodie vocantur bona cameralia (*Cammerguter*), bona domanialia (*Domaien*), bona mensalia, (*Tafelguter*). (3) *Patrimonium principis*, quod princeps possidebat tamquam privatus, e. g. ejus bona hereditaria, vel quæ sibi sua pecunia emit; (quæ hodie vocantur (*Chatoullguter*)). Quicumque itaque ex his tribus, i. e. vel ærarium, vel fiscum, vel patrimonium principis administrant, ii gaudent hoc privilegio, ut excusentur a tutela. Sed quærere hic solent, sitne hæc excusatio voluntaria, an necessaria? Sunt, qui eam putant necessariam ideo, quod bona hujusmodi administratorum oppignorata sint reipublicæ vel fisco vel principi, adeoque pupillis in illis competere non posset tacita hypotheca. Ergo dicunt, si vel voluerint tutelam suspicere, tamen ne potuisse quidem eos admitti. Sed hæc ratio hodie quidem valet, olim autem apud Romanos istud fuit merum privilegium, mera excusatio voluntaria. Nam (a) in §. 2. *Inst. h. t.* dicitur, *eos*

*posse*

***posse excusari***, i. e. si velint. (b) Apud Romanos non opus erat tacita illa hypotheca, quia tutor satisdare tenebatur, eaque satisdatione satis securus præstabatur pupillus. At hodie cum satisdatio fere ab usu recesserit, & rarius exigantur fidejussores, marito hæc excusatio pro necessaria vel prohibitiva habetur.

## §. CCXCI.

Privilegium simile datum (3) ***absentibus reip. caussa***; quales sunt legati pop. Rom., magistratus provinciales, milites. Sed hic distinguendum inter tutelam jam susceptam & suscipiendam. A suscipienda omnino excusantur, non modo dum absunt, sed & intra annum, ex quo reversi sunt; qui annus in jure nostro dicitur ***annus vacationis***. A suscepta autem eatenus excusantur quatenus absunt, & interea eorum loco datur curator: sed reversi eam tutelam recipiunt, nisi trans mare absint reip. caussa, siquidem tunc & susceptam tutelam deponunt. Ita hæc doctrina proponitur in §. 2. *Inst. h. t. L.* 10. *pr.* & §. 2. *ff. eod. L.* 11. §. 2. *L.* 12. §. 1. *ff. de minor.* Sed *cessat* hoc privilegium si (1) finito officio diutius absint quam par est, e. g. si voluptatis & animi caussa per varias terras oberrent, (2) si quidem sumant reipublicæ obtentu emolumentum, sed revera sui commodi caussa absint. Solebant enim veteres in republ. Rom. si in provincia aliqua sibi negotium esset, *liberam legationem* impetrare, & tunc proficiscebantur sub schemate legatorum, sed revera sui commodi caussa. Nam istam legatorum personam tantum ideo adsciscebant, ut tanto reverentius ubique reciperentur, tamquam pop. Rom. legati. Exemplum habes apud *Ciceron. Epist. ad famil. lib. XI. ep.* 1. *lib. XII. ep.* 21. & *ad Attic. lib. II. ep.* 4. Tales autem non gaudere hoc privilegio, palam est, *ex L.* 1. §. 1. *ff.* 4. *L.* 5. *ff. ex quibus causis maj.* 25. *annis in integr. rest. L.* 6. §. 36. *ff. h. t.*

§. CCXCII.

Excusantur porro ob privilegium simile (4) *magistratus*, sed non omnes, verum *qui cum potestate sunt*; quod ita interpretatur *Gellius Noct. Att. Lib. XIII.* 13.; qui habent jus prehendendi; quales erant consules, prætores, censores, dictatores, præfecti urbi & prætorio, non autem ædiles, *L.* 17. §. 4. *ff. h. t.*, multoque minus quæstores, & reliqui his minores, qui recensentur in *L.* 2. §. 29. *seq. ff. de O. J.* Sed postea id privilegium minoribus quoque magistratibus videtur concessum, quia & duumviratus in municipiis excusavit temporibus Modestini, qui sub Alexandro Severo vixit, *L.* 15. §. 3. *ff. h. t. L.* 6. §. 16. *ff. eod.* Excusantur 5. *litteratores*, rethores, sophistæ, medici, JCti, sed non omnes & semper. Verum (a) si sint professores: (b) si sint intra numerum, i. e. ordinarii; (c) si in patria doceant; (d) si sint industrii, *L.* 6. §. 6. *seq. h. t. L.* 6. *C. de prof. & med.*

Sed de his quinque privilegiis omnibus notanda est regula generalis, quod *privilegiatus contra æque privilegiatum non utatur privilegio.* Itaque excusatur quidem miles, professor, administraror rei fiscalis: sed si pupillus sit militis filius, non excusabitur miles; si professoris filius, non excusabitur professor; si administratoris filius, non excusabitur administrator. Vid. *L.* 17. §. 17. *ff. h. t.*

§. CCXCIII.

II. *Ob impotentiam* excusantur quicumque videntur gerendæ tutelæ minus idonei, modo alioquin sint viri boni & honesti; siquidem alias excusatio foret necessaria, & ne volentes quidem admitterentur. Tales caussæ sunt, (1) *tria onera tutelæ.* Sed hic observandum, (a) computari tutelas omnes in una domo, adeo ut si e. g. pater unam & singuli ejus filiifamilias singulas tutelas gerant, id excuset. (b) Tutelas non tam numerandas, quam ponderandas esse. Hinc si una sit admodum diffusa,

& una

& una excusat. Si tres sint admodum faciles, ne hæ quidem sufficiunt. (2) Tutelas non numerari secundum numerum pupillorum, sed secundum numerum rationum reddendarum. Hinc si quis e. g. quatuor fratrum tutelam gerit, nonnisi unam gerere censetur, §. 5. *Inst. L.* 31. §. 4. *ff. h. t.* (d) Escusationi huic locum non esse si pupilli sint proximi pubertati, ita ut tantum tempus semestre reliquum sit, intra quod tutela continuanda, *L.* 17. *pr. h. t.* (e) Non excusare tutelas honorarias, i. e. cum nullo onere administrationis conjunctas, *L.* 15. §. 9. *ff. h. t.* Unde facile patet, hic quoque permulta relicta esse magistratuum arbitrio. Excusat porro (2) *paupertas*, & quidem talis, ut si tutelam suscipere cogeretur, ei non tantum superesset temporis, quo victum & amictum sibi possit quærere, §. 5. *Inst. h. t.* Et olim quidem hæc quoque excusandi caussa erat voluntaria: at hodie procul dubio necessaria est. Quia enim non temere credi solet nisi ei qui bona immobilia possidet, facile est ad intelligendum pauperes hodie non admissum iri, etiamsi parati essent ad tutelam suscipiendam. Excusat ob eamdem impotentiam (3) *morbus*, non qualiscumque, e. g. febricula, cephalalgia, sed chronicus, & ita lectulo adfigens hominem, ut ne suis quidem rebus, nedum alienis, superesse possit, §. 7. *Inst. h. t.* Obiter observandum, veteres hujusmodi morbum vocasse *sonticum*, *Gell. lib. XVI. c.* 4. *lib. XX. c.* 10. *lib.* 2. §. 3. *ff. si quis caut. in jud.* Excusantur (4) ob impotentiam *illiterati*, per quos hic non intelliguntur indocti, sed ἀναλφάβητοι, i. e. legendi scribendique imperiti. Hi enim rationes conficere non possunt. Admittuntur tamen hi, (a) si tutela non admodum diffusa & ipsi prudentes sunt, *L.* 6. §. *ult. ff. h. t.* (b) si rationes reddi possint bacillis fissilibus Kerbstocke; de quibus elegans exstat *Sam. Strykii diss. de bacillis fissilibus.* Excusantur ob impotentiam (5) *septuagenarii*, quia ista ætas vacationem tribuebat ab aliis quoque muneribus publicis. Sed tamen

M 6 stri-

stricte requiruntur anni 70., uti si vel dies desit huic ætati, locus non sit excusationi, *L.* 2. *pr. h. t.*

§. CCXCIV.

Denique & ob *inimicitiam* cum patre pupilli excusantur a tutela, qui istam allegant, §. 9. & 11. *Inst. h. t.* Et id quidem videri posset christianæ pietati adversari: siccine enim leges indulgent iis, quos ne mors quidem inimici placat? Sed recte ad hunc §. 9. notat Vinnius, non eam esse juris sententiam, sed ideo hoc privilegium his indulgeri, ut pudori eorum parceretur. Nam si tutelam subire cogerentur, facile adversus eos suspicio oriretur, ac si parum candide versaturi essent in tutela. Ut ergo hanc sinistram opinionem evitare & existimationem suam tueri possint, lex eos excusat, si velint.

§. CCXCV.

Vidimus caussas excusandi voluntarias, quæ liberant ab hoc onere, si allegentur: sequuntur *necessariæ* (§. 288.), quæ etiam non oppositæ prohibent a tutela. Quidquid enim homines ineptos reddit ad aliorum negotia gerenda, ob id nec ad tutelam admittuntur. Tales ergo sunt (1) *furor*, *dementia*, *surdities*, *cæcitas*. Quamvis enim hi omnes, si testamento dati sint, non removeantur a tutela, sed interea alius detur tutor, donec impedimentum cesset; idque etiam (2) in *minorennibus* testamento datis obtineat (§. 215): non admittuntur tamen ad tutelæ administrationem, quamdiu sunt furiosi, dementes, surdi, cæci, minorennes; qui non possunt esse tutores, quia ipsi aliorum directioni, nempe curatelæ subsunt (3). Ejusdem generis excusationem tribuit *militia*. Milites enim, ne si vellent quidem, tutores esse possunt, ne negotiis hujusmodi similibus a signis abstrahantur, *L.* 4. *C. qui dar. tut.* Neque tamen excusantur milites a tutela liberorum commilitonum, quia alii non sunt in promptu, qui hujusmodi liberis tutores dari possent. Excusat (4) *lis*

*cum*

*cum pupillo*, §. 4. *Inst. h. t.* non modo præsens, sed & futura vel imminens, *Nov.* 72. *cap.* 1. 2. 4. adeo tutor datus litem hujusmodi dissimulavit, & tutelam receperit, is postea tamquam suspectus removeri possit. Excusat (5) *sacerdotium & monachatus*, *Nov.* 123., ut ne volentes quidem admittantur; præterquam quod presbyteri & diaconi, (non item episcopi) ad tutelam legitimam admittuntur. Cujus rei ratio fuit, ne sacerdotes rerum hujusmodi cura a cultu divino & studiis sacris, monachi a precibus & recitatione breviarii & horarum abstraherentur. Sed hodie & sacerdotes admittuntur, si tutelam velint suscipere, apud Protestantes. Immo & tenentur tutores esse, si iis demandetur tutela liberorum collegæ vel clerici, modo possideant immobilia, vel satisdent. Excusatur (6) etiam *maritus a cura uxoris minorennis*, *L.* 2. *C. qui dari tut. L.* 14. *de cur. furios.* Periculum enim erat, ne maritus sæpe auctor fieret in rem suam, & uxori blanditiis persuaderet multa, quæ ipsi haud parum detrimenti inferre possent. Sed hodie res aliter se habet plerisque locis. Maritus enim illis in locis, ubi feminæ perpetuæ curatelæ subsunt, fere est ordinarius uxoris suæ curator.

§. CCXCVI.

Caussæ omnes, quas hactenus recensuimus, sunt tutelæ & curatelæ communes: ab utraque enim excusari quis potest ob istas caussas. Ad curatelam autem in specie pertinet, si quis antea pupilli cujusdam tutor fuit, tunc enim non tenetur & curator fieri usque ad annos majorennitatis. Sufficit enim amico in paucis gratificari, nec quisquam duplici onere gravandus, *L.* 20. *C. h. t.* Attamen hic locus est exceptioni, nempe in liberto, qui tutor a patrono datus & curatelam omnino suscipere tenetur, *L.* 5. *C. h. t.* Tantam enim a liberto veteres exigebant pietatem & reverentiam, ut nullum onus satis grave eum posse suscipere existimarent pro libertate, quam debebat patrono, quippe quæ est res inæstimabilis.

§. CCXCVII.

§. CCXCVII. CCXCVIII.

Vidimus hactenus excusationis causas: superest ut *modum* videamus, quo proponi solent, ubi observandum: (1) antequam opponantur, tutores datos esse, adeoque a die illo usque ad tempus sententiæ, nisi absolvantur, omne periculum ad illos spectare, *L.* 31. *ff. h. t. L.* 1. *C. si tut. vel cur. fals. all.* Quum enim prævideri non possit excusationes, quas allegavit, idoneæ futuræ sint nec ne: interea merito pro tutore habentur, donec appareat utrum ejus caussæ per sententiam probentur, an rejiciantur. Si vero pro tutore habetur, sane & omne periculum ad eum pertinet. Unde dedi id consilium, ut tutor datus ipse statim administrationem suscipiat, ne alterius mala administratio ipsi fraudi & detrimento sit, sed alleget tamen caussas excusationis, addatque protestationem se administrationem non animo tutelam subeundi, sed salvis excusationibus suis suscepturum. (2) Observamus, excusationes veluti per modum exceptionis opponi. Quemadmodum itaque (a) pluribus quidem uti possum exceptionibus, sed ita tamen ut (b) simul omnes statim post litis contestationem opponam, *L.* 5. *L.* 8. *de except.*, ita & omnes caussæ excusationis semel & simul allegandæ, *L.* 13. §. 8. *h. t.* (3) Tutori extra Romam dato spatium tantum concessum temporis, ut singulis diebus XX. lapides vel milliaria absolvere possit, & iis præterea adjici triginta dies, intra quos Romæ eas caussas opponat, §. 16. *Inst. h. t.* Id quod tamen hodie parum utilitatis habet, (1) quia magistratuum nostrorum territoria non solent adeo ampla esse, ut tutores ex locis dissitis dentur. (2) Quia si dentur ex loco aliquo extero, (id quod faciunt nonnumquam summa dicasteria & curiæ provinciales) tunc plerumque terminus ipsis præfigitur arbitrio judicis, quo adesse, & vel confirmari vel caussas idoneas excusandi allegare debeant. (4) Observamus, excusaturum se tutorem non debere adpellare ad superiorem judicem, sed statim caussas suas coram eodem magistratu,

stratu, a quo datus est, opponere, §. 16. *Inst. L.* 1. §. 2. *ff. h. t.*; id quod justam rationem habet. Nam (1) non prius locus est adpellationi, quam quis gravamen habeat. Non autem magistratus nos gravat, dum nobis tutelam defert, sed dum justas caussas excusationis rejicit. (2) Semper adhuc nobis salvum esse beneficium adpellationis, si caussas nostras justas rejecerit per sententiam vel decretum. Ceterum id hic ideo monent leges nostræ, quia alias res secus se habet in aliis muneribus publicis, quibus præter jus & fas oneratis statim in promptu est adpellationis beneficium, *L.* 1. §. 2. *ff. quando adpell.*

## §. CCXCIX.

Adjecimus quædam sub finem de usu hodierno hujus tituli, observavimusque, (1) caussas necessarias ubique hodienum omnes receptas esse, fluunt enim ex ipsa recta ratione. Quis enim quæso judex admitteret ad tutelam furiosos, dementes, minores, nisi ipse sit furiosus? (2) caussas, quæ privilegio nituntur, hodie non ubique obtinere. Privilegium enim an & quibus concedere velit summa in republica potestas, ejus in arbitrio positum est. Hinc e. g. liberorum numerus alibi plane non excusat, alibi non idem numerus. Rationes enim supra explicatæ, ob quas Romani parentibus tot privilegia concedebant (§. 289.), ad nos non pertinent, quum in regionibus nostris non adeo abhorreant ab uxoribus ducendis procreandisque liberis, sed sponte & ultro huic operam dent. Unde ad singulorum locorum statuta respiciendum est. (3) Maritum fere ubique esse uxoris suæ curatorem, jam supra (§. 295. 6.) observavimus. Quibus jungenda v. c. Everardi Ottonis diss. *de tutela perpetua feminarum*, quæ inter ejus Dissert. selecta habetur. (4) Modum quoque procedendi hodie esse alium, jam ostendimus ad §. 298., ut adeo nihil hic addendum videatur.

TIT.

## TIT. XXVI.

## DE SUSPECTIS TUTORIBUS ET CURATORIBUS.

### §. CCC.

Ultimus hic titulus superiori ideo jungitur, quia & *remotio* suspecti tutoris est modus finiendi tutelam æque ac excusatio (§. 262.). Est autem eo nomine prodita actio singularis, quæ vocatur *Actio suspecti tutoris*, item *crimen suspecti tutoris*, de quo hoc titulo disputatur. Quomodo hæc actio ab aliis, quæ ex tutela nascuntur, distinguatur, satis adcurate explicavimus ad §. 263. Nimirum *actio suspecti tutoris* omni tempore institui potest, tum ante tutelam, tum ea jam suscepta: *actio tutelæ* nonnisi finita tutela & rationibus nondum redditis: *Actio de distrahendis rationibus* jam redditis, sed male compositis & redditis. Jam de prima actione, nempe suspecti tutoris: ubi (1) videbimus quid sit tutor suspectus & crimen suspecti? §. 301. seq.; (2) qui actionem hanc instituant? §. 303. seq., (3) contra quos illa institui possit? §. 305.; (4) ad quid agatur? §. 306. 307.; (5) quomodo hæc actio cesset? §. 308.; & (6) ecquis ejus hodie sit usus? §. 309.

### §. CCCI. CCCII.

1. Quæritur, quinam tutores dicantur suspecti? & quid sit crimen suspecti? *Suspecti* vocantur omnes tutores, qui *non ex fide* gerunt, sive dolo malo id faciant, sive culpa, sive solvendo sint, sive non, §. 5. *h. t.* Quemadmodum enim sola paupertas neminem facit suspectum, si alias sit vis bonus & diligens, ita & divitiæ non tollunt suspicionem. Posset quidem aliquis existimare tutorem locupletem ideo non suspectum esse quia, si vel maxime negligenter tutelam administret & damnum inferat pupillo, tamen illud facile possit resarcire. Sed JCti aliter ratiocinantur, nempe sa-

*satius esse ab initio intacta jura servare, quam vulnerata caussa remedium quærere*; quæ verba sunt elegantissima *L. ult. C. in quibus causs. rest. in integr. non est neg.* Ex eo jam facile patet quodnam sit *crimen suspecti*, nempe accusatio quasi publica tutoris vel curatoris non ex fide gerentis ad remotionem, pænamque aliquando extraordinariam infligendam; si scil. tam insignis pelluceat tutoris malitia, ut ea pœna corporis adflictiva vel supplicio capitali videatur coercenda, v. g. *si insidias struxerit vitæ pupilli*; cujus rei insigne exemplum apud Sueton. *Galb. c. 9.* Descendit hæc accusatio tutorum suspectorum ex *LL. XII. Tabb. L. 1. §. 2. ff. h. t.* Justinian., *pr. Inst. h. t.* Vid. Jac. Gothofred. *Tab. VII.*, qui ita conceptam fuisse putat legem decemviralem: *Si tutor dolo malo gerat, vituperato*; *quandoque finita tutela escit, furtum duplione luito*; ex quorum prima parte crimen suspecti, ex posteriore actionem de distrahendis rationibus descendere docet.

§. CCCIII. CCCIV.

2. Jam ergo & alteram quæstionem facile expendemus, quis possit tutorem suspectum accusare? Quia enim hæc accusatio est quasi publica, ut in definitione vidimus, omnino cuivis licere debebit hanc accusationem instituere. Non enim dicitur quasi publica in *L. 1. §. 6. ff. h. t.*, quia hic de animadversione & disciplina publica agitur (tutoris enim malitia non tam securitatem reipublicæ, quam rem famillarem pupilli turbat, adeoque potius ad caussas privatas pertinet); neque etiam ideo hoc nomen habes, quod ob crimen suspecti judicium publicum & criminale instituatur (nam potius coram prætore agitur, qui non gaudebat mero imperio, sed tantum jurisdictione civili); verum ideo hoc nomen habet, quia unusquisque ex populo, etiamsi ejus non videatur interesse, hanc accusationem recte instituere poterat, §. 3. *Inst. h. t.* Hinc etiam non dicitur vere publica accusatio, sed *quasi publica*, uti in jure nostro dantur *quasi-contractus, quasi-delicta, quasi-*

*pos-*

*possessiones*, *quasi-traditiones*, quas locutiones omnes a stoicis esse, qui frequente illa particulâ *ὡσανεὶ*, vel *quasi*, utebantur, in nota §. CCCIII. subjecta exemplis docuimus. Possent ergo tutorem suspectum postulare omnes, etiam quorum non interest, quia interesse reipublicæ videtur, rem pupillo salvam esse; unde & feminæ recte accusant, quas alias nec postulare pro aliis posse, nec accusare, ex *L.* 2. *ff. de R. J.* & *L.* 1. *L.* 2. *de accusat.* dicimus. Sed pupilli favor hic vincit hanç regulam, modo femina accusatrix verecundiam sexus non egrediatur, §. 3. *Inst. h. t.* Imo observandum, personas quasdam teneri suspectos tutores accusare, adeo ut nisi id fecerint, ipsæ pœnis dignæ videantur. Tales sunt *contutores*, qui, nisi tutorem male gerentem accusent, ipsi omne damnum ferant, *L.* 3. *pr. h. t. Liberti*, quos reverentia erga patronum excitare debebat, ne tutorem in bonis liberorum patroni grassari paterentur, *L.* 3. §. 1. *eod.* & personæ conjunctæ, in primis *mater.* Non tamen potest ipse pupillus, quia impuberes non habent personam standi in judicio, & nec pro se nec pro aliis postulare possunt, immo ne puberes quidem, si sint minorennes annis 17, *L.* 1. §. 3. *ff. de postul.* Si autem hos annos egressi sint, tunc recte possunt hos curatores accusare, modo id faciant cum consilio necessariorum, *L.* 7. *pr. ff.* §. 4. *Inst. h. t.* Denique & ex officio potest *magistratus* inquirere in tutores suspectos, quamvis nemo accuset, quod hic singulare est. Apud Romanos enim magistratus quidem aliquando ex officio inquirebat, sed in delicta & crimina publica, non in utilitatem privati *L.* 3. §. 4. *ff. de offic. præsid.*

## §. CCCV.

Vidimus qui possint accusare suspectos: proximum est, (3) ut doceamus qui accusari possint? Et hic respondemus, ex definitione §. 301. omnes qui non ex fide gerunt, sive sint testamentarii, sive legitimi, sive dativi. Non interest, an satisda-

tisdationem offerat suspectus, ob rationem supra (§. 301.) allegatam, quia melius est ab initio jura sarta recta servare, quam vulnerata caussa remedium quærere, *L.* 5. *L.* 6. *ff. h. t.* Quamvis autem hæc vera sint, non tamen facile tutores legitimi removentur. Sunt enim proximi agnati vel cognati pupillorum. Jam remoti fiunt infames, & ista infamia tunc in ipsum pupillum quodammodo redundaret, si mater ejus vel patruus vel alius proximus agnatus infamia notaretur. Hinc sanguini haberi solet honor, & non removeri tutor legitimus, sed ei adjungi curator, qui tutelam administret, *L.* 9. *ff. h. t.* Sic enim fit, ut tutor ille non possit pro lubitu in bonis pupilli grassari, & ipse tamen salvam habet famam & existimationem.

## §. CCCVI. CCCVII.

Vidimus adversus quem instituatur hæc accusatio. Sequitur (4) ad quid instituatur? Respondemus ex definitione nostra (§. 301.) ordinarie, ad remotionem; extra ordinem, aliquando ad animadversionem extraordinariam, si nimirum insignis quædam tutoris malitia pelluceat. De utroque videbimus. Datur (a) *ordinarie* ad remotionem. Ubi is ordo observatur, ut (α) simulac accusatio ista instituta sit, res interdicatur administratione; id quod pragmatici vocant *suspensionem*. Non ergo statim *removetur* (hæc enim est pœna, a qua non inchoandum) sed *suspenditur*, i. e. interdicitur ei administratione, ne scil. interea, dum lis fervet, eo magis in bona pupilli grassetur §. 7. *Inst. h. t.* Hinc (β) sequitur caussæ cognitio, ex qua adparet, vel illum non male egisse: quo casu suspensio vel interdictum tollitur, & tutor absolvitur, salvo regressu contra eum, qui calumniose accusavit: vel illum non ex fide gessisse, & tunc plane *removetur*, modo cum infamia, modo sine illa; *cum infamia*, si condemnatur ob dolum vel culpam latam §. 6. *Inst. L. ult. C. L.* 7. §. 1. *ff. h. t.* culpa enim lata in his semper pro dolo habetur,

*L.* 226.

*L.* 226. *ff. de V. S.*; etiam in caussis famosis *L.* 11. §. *ult. ff. de his qui not. infam*; etiam in hac caussa, *d. L.* 7. §. 1. *ff. h. t.*). *Sine infamia* si tantum ob culpam levem removetur *L.* 3. §. *ult. ff. h. t.* Aliquando nec dolus, nec culpa, sed contumacia tutoris palam fit, eoque casu ille nec removetur, nec infamis fit, sed pupillus in bona ejus mittitur; veluti si alimenta pupillo non decernat, *L.* 13. §. 14. *L.* 7. §. 1. *ff. h. t.* Ita ordinarie proceditur. Aliquando (b) *extra ordinem* punitur tutor, si insignis ejus malitia adpareat; e. g. si libertus fuerit tutor, & tamen tutelam non ex fide gesserit; ejus enim delictum auget insignis ingratitudo erga patronum. Simile quid obtinet, si e. g. adpareat tutorem insidias vitæ pupilli struxisse; cujus rei exemplum jam supra ex Sveton. *Galb. c.* 9. vidimus. Ceterum omnibus his casibus dicitur tutorem a prætore remittendum esse ad præfectum urbi extra ordinem puniendum, *L.* 1. §. *ult. ff.* & §. 10. 11. *Inst. h. t.* Ratio in promptu est. Quia enim prætor tantum jurisdictionem civilem exercebat, non autem jus gladii vel merum imperium, quod erat penes præfectum urbi, vid. *L.* 1. *ff. de offic. præf. urb.*, consequens erat ut remitteretur a prætore ad præfectum urbi, qui solus poterat animadvertere in facinorosos. Idque & hodie est observandum, quoties in jurisdictione civili aliquid incidit, quod pœnam corporis afflictivam videtur mereri. Tunc enim magistratus, qui jurisdictionem tantum civilem habet, semper debet remittere reum ad eum judicem, qui criminalem habet animadversionem. Hæc de modo procedendi.

Obiter adhuc notandum ea, quæ de suspensione diximus, etiam in aliis caussis locum habere. Quoties enim adversum eum, qui in officio publico, maxime sacro est, accusatio criminalis instituitur, toties is statim suspendi ab officio solet, donec innocentiam suam demonstraverit. Cum scandalo enim conjunctum videretur e. g. ministrum ecclesiæ sacra peragere, dum de adulterio

vel

vel alio hujusmodi crimine adversus ipsum inquiritur. Dico autem, statim suspendi *ab officio.* Est enim suspensio duplex, *vel ab officio*, quando salarium quis retinet, sed officium administrare prohibetur: vel *a beneficio*, si & salario interea privatur. Illa locum habet ob institutam accusationem vel inquisitionem, adeoque ad solam suspicionem delicti: haec autem in pœnam infligitur, si delictum non sit ita comparatum, ut quis plane possit officio publico privari.

§. CCCVIII.

Sequitur (5) quæstio, quando cesset vel finiatur accusatio? quia enim famosa est, hinc quodammodo restringitur, & non uno casu plane cessat. Hinc statim expirat (1) *morte rei*, modo sententia nondum lata, §. 8. *Inst. h. t. L. pen. ff. h. t.* Ratio est, quia hoc judicium datur ad remotionem cum infamia, adeoque ad penam. Mortuus vero nec removeri, nec infamis fieri, nec puniri potest. Posset quidem aliquis existimare interesse tamen pupilli, ut damnum a tutore mortuo datum ipsi resarciatur. Sed respondetur: ejus restitutionem repetere potest *actione tutelæ*, quam & adversus heredes tutoris & adversus ejusdem fidejussores, eorumque heredes in subsidium dari, §. 284. seq. ostendimus. Satis ergo prospectum est pupillo, ut non opus sit accusationem etiam adversus mortuum continuari. (2) *Finita tutela ante sententiam.* Quomodo enim removeri cum infamia potest a tutela, qui jam tutor esse desiit? *L. pen. ff. L.* 1. *C.* §. 8. *Inst. h. t.* Nec tamen prohibetur pupillus, finita tutela, adversus hunc hominem actionem tutelæ experiri, ad damnum omne dolo culpave etiam levi datum resarciendum. Hanc enim actionem & finita tutela competere, satis jam supra explicatum est, §. 265.

§. CCCIX.

Nihil superest, quam ut quædam de usu hujus tituli hodierno, more nostro, subjiciamus. Olim frequentissimas fuisse tutorum suspectorum accusationes, & suo tamen tempore eas rarius insti-

stitutas ipse observat Ulpianus, quem temporibus Severi & Antonini Caracallæ floruisse novimus, in *L. pr. Inst. h. t.* Ratio procul dubio fuit, quia magistratus magis ex officio cœpit vigilare quum sciret, in subsidium actionem adversus se datum iri si tutores male gererent, fidejussoresque idonei esse cœperint. Hinc sane ex eo tempore non putarunt exspectandum donec aliquis tutores suspectos postularet, sed ipsi in tutorum mores inquisiverunt, & eos statim removerunt, si quid suspicionis emergeret. Et inde non mirum, accusationes illas quasi publicas tutorum suspectorum a temporibus Ulpiani factas esse rariores. Ex quo multo magis raras illas hodie esse oportere facile adparet. Nam (1) apud nos ipsa respublica crimina & res pessimi exempli persequitur, non privati. Et hinc vel procurator fisci rem statim ad judicem defert, vel hic sua sponte ex officio inquirit. (2) Hodie plerisque locis receptum est, & in Germania etiam Recessibus imperii sancitum, ut tutores quotannis rationes reddant, non ut apud Romanos finita demum tutela. Hinc fit, ut singulis annis sciat magistratus qua fide tutor tutelam administret, & tutor non tam facile possit in bonis pupilli grassari, adeoque nec accusatione hac frequenter opus sit. Accedit, (3) quod hodie rariores sunt actiones populares ubi quisque ex populo possit agere. Sed tamen adhuc ubique receptum, ut si adpareat tutores ex fide non gessisse, is ob dolum vel latam culpam cum infamia removeatur, etiamsi nulla antecesserit quasi publica accusatio.

# LIBER SECUNDUS.

## *TIT. I.*

## DE RERUM DIVISIONE ET ADQUIRENDO EARUM DOMINIO.

### §. CCCX. CCCXI. CCCXII.

Absolvimus primum juris objectum, nempe jura personarum. Sequitur secundum de *juribus rerum;* ubi præmittuntur variæ rerum divisiones, quas antequam consideremus, inquirendum primo omnium, *quid res sit JCtis?*

*Res* & *pecunia* apud JCtos distinguitur. Illa latius patet: hæc strictius accipitur. Quæcumque enim exsistunt, & hominibus quamcumque utilitatem præstare possunt, dicuntur *res*, sive in patrimonio nostro sint, sive extra patrimonium. Sic e. g. aqua, aer, mare sunt res, quamvis in nullius constitutæ patrimonio. Contra quæ in patrimonio nostro vere sunt, dicuntur *pecunia*, *L.* 5. *pr. ff. de V. S.*, adeoque JCtis pecunia non est solus nummus, sed omnia, quæ in bonis nostris nostraque substantia sunt, uti servus, quadrupes, agri, prædia. Hinc in XII. Tabb. erat: *paterfamilias uti legasset super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* Et August. *de doctrina christiana, c.* 6. *p.* 585. *Tom. VI. opp. Quidquid*, inquit, *homines possident, quorum domini sunt, pecunia vocatur, servus sit, vas, ager, arbor, pecus; quidquid horum est, pecunia vocatur.* Ratio hujus denominationis juridicæ est, quia veterum maximæ divitiæ consistebant in pecudibus & jumentis. Inde

enim

enim pleraque vocabula opes significantia derivata sunt, veluti *pecunia*, *peculium*, *peculatus*.

§. CCCXIII.

Hinc facile intelligitur prima rerum divisio. Aliæ res sunt *divini*, aliæ *humani juris*. Quamvis enim res divini juris sint in nullius patrimonio, tamen quia existunt & usum præstant hominibus, *res* recte vocantur, non autem pecunia. Dicuntur autem *res divini juris* quæ veluti dominio hominum exemptæ, Deo attributæ & dicatæ sunt. Ita enim rem sibi concipiebant Gentiles, ita & Christiani tempore Justiniani; quasi non omnia sint in Dei dominio. *Res humani juris* autem vocabant quæ in dominio & commercio hominum sunt, e. g. agros, prædia, quadrupedes &c. Porro *res divini juris* subdividuntur in *sacras*, *religiosas* & *sanctas*. Sed sanctas tamen *quodammodo* tantum divini juris esse testatur *L.* 1. *pr. ff. h. t.* non omni modo. Nam res sanctæ, uti paullo post videbimus, erant muri & portæ urbium. Quis vero negaverit, muros & portas urbium esse in dominio reipublicæ? Quia tamen & diis & heroibus dedicabantur mœnia, inde quodammodo divini juris esse dicebantur. Unusquisque ex sequentibus definitionibus animadvertet, has primas divisiones superstitionem paganam sapere. Et tamen eas retinuit Justinianus, imperator Christianus. Quod argumento est, jam eo tempore, puta sæc. VI., Christianos e paganismo multa adoptare cœpisse. Scripsit JCtus Rintelensis, Kaestnerus, elegantem dissertationem *de jurisprudentia paganizante*, qua id ipsum pluribus argumentis demonstravit.

§. CCCXIV.

Jam de singulis. *Sacras* vocabant res publice consecratas diis superis a pontificibus vel principe, §. 9. *Inst. L.* 6. §. 3. *L.* 9. §. 3. *pr. seq. ff. h. t.* Requirebatur itaque 1.) *Consecratio*, quæ multis ritibus & cæremoniis peragebatur, quas descripsimus in *Antiq. nost. Rom. h. t.* Romani enim cre-

credebant, deos delubra sua vere inhabitare, & hinc ea variis ritibus & sacrificiis eo vocabant, & veluti includebant templis.(2) Consecrationem hanc *publice* fieri oportebat. Nam omnes respublicæ veteres vel maxime cavebant, ne sacra peregrina in civitatem reciperentur. Potuisset autem id fieri quam facillime, si singulis privatis concessissent libertatem sacra sibi constituendi. Hinc ex *Corn. Nep. vit. Alcibiad.* notum est, Alcibiadem ab Atheniensibus ideo diris devotum, & in exilium ejectum fuisse, quod mysteria fecisse diceretur, i. e. quod sacra quædam suo arbitrio sibi constituisset. Socratem iidem cicuta sustulerunt, quia accusatus esset quod deos, quos civitas habebat, ipse non haberet, sed alios, uti docet *Diog. Laertius.* Apud Romanos idem severissime observatum, vel exemplum bacchanaliorum docet, ob quæ privatim invecta, multa millia hominum supplicio capitali affecta prolixe refert, *Liv. lib.* 38. *c.* 8. *seq.*, & Ampl. Corn. van-Bynhershoek in opusculo singulari *de religione peregrina.* Publice ergo consecrandæ erant res sacræ, i. e. publica auctoritate. Habebant quidem Romani domi suæ sacra privata, & gentilia deorum penatium & larium, quibus in suis quisque ædibus simulacra, focos, aras, sacrificia statuebant. Sed hæc tamen sacra non privata auctoritate constituebantur, sed publica a pontificibus. Si quis enim privatim sibi sacrum constituebat, id profanum erat, non sacrum. *L.* 6. §. 3. *ff. h. t.* 3) Requirebatur, ut ea consecratio facta esset a *pontificibus vel a principe.* Nam princeps apud Romanos erat pontifex maximus; quod sacerdotium ideo sibi retinebant imperatores, ut eo facilius sacra suis utilitatibus attemperare, & plebem religionibus in officio continere possent. Unde & ratio reddi potest, cur Christiani imperatores, veluti Constantinus M., Gratianus, aliique hunc titulum nominibus suis adscripserint. Extant eam in rem Jac. Gothofr. & Joh. Andr. Bosii diatribæ *de pontificatu maximo imperatorum Christianorum*; quorum hic in

 Græ-

Grævii thesauro ant. Rom. recusus est. Denique 4) consecrandæ erant res sacræ *diis superis*, i. e. cælitibus, Jovi, Mercurio, Veneri, Junoni &c. *Sanctæ* enim medioxumis, i. e. heroibus vel geniis, *religiosæ* diis inferis, seu diis manibus solebant consecrari.

§. CCCXV.

Vidimus rerum sacrarum definitionem: sequuntur jura earumdem. Nimirum inde JCti colligebant, 1) res sacras in nullius bonis esse, *L. 1. pr. L.* 6. §. 2. *h. t.* Per consecrationem enim hominum dominio res eximebantur, & deo veluti proprie attribuebantur. Hinc insigne illud stratagema P. Clodii, tribuni plebis turbulentissimi, qui legem ferebat, ut Ciceronis in exilium ejecti domus Minervæ consecraretur. Id enim eo nomine fiebat, ut Ciceroni nulla spes esset illas ædes recuperandi, quippe omnium hominum dominio exemptas, & a religione occupatas, vid. *Cic. orat. pro domo.* 2) Res sacras nec æstimari, nec obligari, nec alienari posse, *L.* 9. §. 5. *ff. h. t.* Nihil enim potest æstimari, quod non est in commercio. Et hinc nemo æstimabit aerem, quamvis hominibus saluberrimum, quia non est in commercio; adeoque nec res sacras. Quæ autem æstimationem non recipiunt, ea nec oppignorari, nec vendi, nec ullo alio titulo alienari possunt, ceu exemplo ejusdem aeris patet. 3,) Loca sacra manere etiam dirutis ædificiis, *L.* 6. §. 3. *ff. eod.* Exemplum est apud *Plinium L. X. ep.* 76. Ratio erat, quod religio ipsum locum & aream occupare credebatur. Excipiebant tamen duos casus: (a) si urbs ab hoste esset capta. Tunc enim omnia sacra esse desinebant, quia sibi persuaserant veteres, deos, antequam urbs pereat, urbe excedere, eamque relinquere. (b) Si sacra essent evocata *L.* 9. §. 2. *ff. h. t.*, quod facere solebant hostes urbem obsidentes, nec non qui novum templum moliebantur Deo in loco, quem jam alius Deus videretur occupasse. De sacrorum evocatione multis ritibus superstitiosissimis facta multa sunt apud Macrob.,

*Sa-*

*Saturn. L. III. cap.* 8. & Jac. Rævardum in *Conjectan. L. II. c.* 17. Enimvero ita jure Romano cautum fuerat. Christiani imperatores hunc rigorem quodammodo mitigabant concedentes, ut sacræ res possent alienari ob redimendos captivos, qui apud barbaros reperirentur, §. 8. *Inst. h. t. Nov. CXX. c.* 9.; ob alendos pauperes in fame publica *L.* 21. *C. de SS. eccl.* & ob æs alienum ecclesiæ dissolvendum, *Nov. CXX. c.* 10.

§. CCCXVI.

Pergimus ad *res religiosas*, quæ nihil aliud erant quam sepulcra dedicata diis manibus. Magna ergo erat inter res *sacras*, & *religiosas* differentia. Illæ publica autoritate fiebant sacræ, hæ privato cujusque facto, nempe illatione cadaveris in locum suum. Illæ consecrabantur, has sine consecratione religio occupare dicebatur. Illæ dicatæ erant diis superis, hæ diis manibus seu inferis. Requirebatur itaque 1) illatio cadaveris humani, sive liberi sive servi: 2) illatio in locum suum. Si quis enim cadaver sepeliisset in loco alieno vel in agro publico, non fiebat locus religiosus, sed cadaver tollendum erat, *L.* 6. §. 4. *ff. h. t.* 3) Illatio in locum privatum, *L.* 2. §. 4. *L.* 8. §. 3. *ff. de religios. & sumpt. fun.* Locus vocatur *purus*, quem religio nondum occupavit, i. e. ubi nondum situm est cadaver. Nam ubi jam cadaver repositum erat, is locus erat religiosus, adeoque religiosus fieri non poterat.

§. CCCXVII.

Jam facile intelligemus locorum religiosorum jura. Nam ex hac definitione colligebant JCti, 1) *cenotaphium* non esse religiosum locum *L.* 42. *ff. de religios. funct. L.* 6. §. *ult. ff. h. t.* Cenotaphium enim est sepulcrum honorarium & cadavere vacuum: quale est Drusi cenotaphium, quod Moguntiæ visitur, & Caji & Lucii Cæsarum apud Pisanos. Jam vero locus religiosus fit per illationem cadaveris, (316.) ergo cenotaphium non est religiosum. Dissentiebant quidem veteres JCti, & quidem moti auctoritate Virgilii, *Lib.* 6. *Æneid.*

*v.* 150., sed res decisa rescripto Antonini philosophi & L. Veri Impp., quos in jure nostro divos fratres appellari novimus, *L.* 7. *ff. h. t.* 2) Sepulcra commercio hominum esse exempta. *L.* 12. §. 1. *ff. de religios. L.* 14. *C. de legat.* erant enim diis manibus sacra. At objiciat quis, legari tamen, imo & vendi potuisse sepulcra, *L.* 14. *C. de legat.*, imo & fuisse familiaria & hereditaria, quæ adeo & in patrimonio familiæ fuisse oportebat, *L.* 5. *L.* 6. *ff. de religios.* Sed respondeo, distinguendum esse inter jus sepeliendi, & sepulcrum ipsum. Illud erat in bonis, & hinc legari, vendi, & vel familiæ competere, vel ad heredes transire poterat: ipsum autem sepulcrum nullius in dominio erat, adeoque illud occupare credebatur religio, ut ad certos pedes in porrectum non potuerit ager coli vel conseri, ubi cadaver situm erat. Vid. *Antiqu. nost. Rom. h. t.* 3) Locum religione occupari, modo ibi caput, tamquam præcipua pars hominis, sit conditum. *L.* 44. *ff. de relig.* Et hinc si cadaver in partes sectum variis locis sepultum esset, non omnia illa loca religiosa erant, sed is, ubi caput situm erat. Rationem reddunt hanc, quod capite homo noscibilis sit, & ab aliis hominibus distinguatur.

§. CCCXVIII. CCCXIX.

Pergimus ad *res sanctas*, quæ duplici sensu accipiuntur. Aut enim ita adpellantur a *sanciendo vel sanctione*; quia sanctione pœnali munitæ sunt, *L.* 8. *pr. h. t.* & animadversione digni censentur qui hujusmodi res violant: aut quia dedicatæ sunt geniis, heroibus, vel diis medioxumis, quales erant Romulus, Hercules & alii homines, quos inter deos receptos fingebant, Cuper. *Observat. III.*, 16. Sic priore sensu erant sancti, immo sacrosancti tribuni plebis, quia nemo iis injuriam facere vel manus inferre poterat, *Liv. l. II. c.* 32. Qui vel levissimam iis fecerat injuriam, is capitis adibat periculum. Posteriore sensu erant sancta mænia, vel muri. Nam & hos dedicari consuevisse per aratrum circumductum, supra monuimus. Et hinc est,

est, quod 1) nec reficere muros urbis fas erat sine principis consensu, nec aliquid iis inædificare, *L.* 9. §. 4. *ff. h. t.* Quæ enim diis dedicata erant, illa non erant privati arbitrii, sed omnia in iis fieri debebant jussu pontificum, vel principis, tamquam pontificis maximi. Sed iidem tamen muri erant & priore sensu sancti, nam sanctione pœnali erant muniti, adeo ut qui illos vel violaret, vel transcenderet, vel aliud quid in eos ausus esset, is capitis puniretur, *L. ult. ff. h. t.* Origo hujus juris in eadem lege notabili traditur. Nam notum est, Romulum occidi jussisse Remum fratrem, quod irridens valli Romani angustiam illud saltu transmiserit; quo de facinore *Flor. l. I. c.* 1. Prima certe victima fuit Remus, munitionemque novæ urbis sanguine suo consecravit; i. e. primus omnium ob mœnia Romana violata capitali supplicio adfectus est, occasionemque dedit, ut mœnia sancta fierent, & lex ferretur, ut qui in posterum in illa quidquam admisisset, capitis damnaretur. A Romulo enim interfectus est adjectis verbis: *sic deinde quicumque alius transiliet mœnia mea*, ceu refert *Liv. l.* 7. Immo tam sancta & inviolabilia ex eo tempore visa sunt mœnia, ut & herbæ in pomœriis frondescentes sanctitatis vel inviolabilitatis signum præcipuum haberentur, *L.* 8. §. 1. *ff. h. t.* adeo ut si legati vel feciales ad hostes mitterentur, hujusmodi herbas vel sagmina præferrent, *Liv. l. I. c.* 24. Ceterum id adhuc notandum, sanctitatem hanc non mœnium Romanorum propriam fuisse, sed ad aliorum quoque municipiorum munitiones pertinuisse, adeo ut qui illas violasset, capitis adiret periculum, *L.* 8. §. 2. *ff. h. t.* Immo & qui valla castrorum saltu transmisisset, vel ea alio modo violasset, *L.* 3. 17. *ff. h. t.*

§. CCCXX. CCCXXI. CCCXXII.

Vidimus jus Romanum de rebus sacris, religiosis & sanctis. Christiani non dubitarunt horum jurium magnam partem servare. Unde etiam in Corpus uris relata sunt a Justiniano, quamvis is Chri-

stianam religionem profiteretur. Nimirum quum Constantinus M. christianam religionem professus esset, templa magnifica extruere, eaque multis ritibus consecrare cœpit. Eumdem morem retinuerunt ejus successores, & sæculo VI. ipse Justinianus, qui templum Sophiæ eodem modo consecravit Constantinopoli.

1) Sunt ergo & hodie *res sacræ*, veluti templa, vasa sacra &c., eaque apud Romanenses ita dicuntur ob consecrationem, apud Protestantes ob destinationem & usum, quia scil. cultui divino peragendo destinatæ sunt, & his etiam usibus adhibentur. 2) Ab his hodie discernuntur *res ecclesiasticæ*, quæ non immediate, sed mediate tantum cultui divino inserviunt, veluti ærarium ecclesiasticum, agri, prædiaque ad ecclesias vel monasteria pertinentia. Iis enim Deum non colimus immediate, sed quia tamen inde reditus proveniunt, ex quibus salarium datur ministris ecclesiæ, hinc mediate ad cultum divinum destinata censetur. Hinc facilius alienantur, vel ut Canonistæ loquuntur, secularisantur, (a) si id expediat ecclesiæ *L.* 14. §. 5. *L.* 17. §. 1. *C. de SS. eccles.* (b) si accedat decretum episcopi, vel apud nos summi imperantis vel magistratus. Nam quia pia corpora veluti ecclesiæ, orphanotrophia, xenodochia minoribus comparantur, quippe sub perpetua aliorum curatione & administratione constituta: hinc nec alienanda sunt bona eorum immobilia sine caussæ cognitione & decreto superiorum, quia id etiam in rebus pupillorum & minorum immobilibus requiritur. *L.* 1. §. 2. *ff. de rebus eor. qui sub tit. vel cur. sunt non alien.* 3) Sepulcra Protestantibus non sunt religiosa. Romanensibus tamen religiosa censentur cœmeteria, quia aqua benedicta adspergi solent. Lancellot. *Inst. Jur. Can. L. II. Tit.* 17. A quo ritu quum Protestantes abhorreant, cœmeteria illis non sunt religiosa, sed *sancta*, i. e. inviolabilia. Procul dubio enim is pœna coercendus esset, qui sepulcra ibi violare, corpora sepulta effodere, spoliare, vel quo-

quoquo modo dehonestare ausus fuerit. - (4) Multæ nobis sunt *res sanctæ*, i. e. sanctione pœnali munitæ. Hinc violari nullo modo patimur templa, curias, ædificia publica, cœmeteria, aggeres, vias publicas &c. Muri eatenus apud nos sancti sunt, quod & illos violari non patimur. Non tamen sunt res nullius, sed in dominio reipublicæ 4. *feud.* 56. Obiter notandum, simile fere illi Romano jus superesse in palatiis principum, quæ barbare vocant *residentias*. Nam ita ubique invaluit, ut si quis vel gladium ibi stringat, vel alteri alapam dederit, vel vellum aliamque munitionem saltu transmiserit, is vel caput vel manum amittat: id quod vocant *den Burgfrieden*, *pacem castri*. Vide Stryckii diss. elegantissimam *de sanctitate residentiarum principum*.

§. CCCXXIII. CCCXXIV.

Hactenus de rebus divini juris. Sequuntur *res humani juris*, quæ dividi solent *in communes*, *publicas*, *universitatum & singulorum*. *L.* 2. *pr. ff. h. t.* Ut recte intelligamus hanc subdivisionem, notandum quod & in scholio monuimus, eam ex philosophia stoica profectam esse, cui deditissimi erant JCti Romani. Stoici nimirum triplicem sibi fingebant rempublicam: unam *maximam* totius humani generis, in qua dii immortales imperantium vice fungerentur; alteram *majorem* singularum gentium, in qua reges & principes dominarentur; tertiam *minimam*, quæ in singulis municipiis, oppidis, collegiis conspiceretur, nam & minora collegia imaginem quamdam majorum rerum publicarum præ se ferunt. Quemadmodum vero intelligi respublica sine bonis non possit, vel rebus in ejus dominio constitutis, ita omnes has species res suas & bona habere. Bona itaque maxime illius reipublicæ totius generis humani vocabant *res communes*, quales sunt res omnes niexhausti usus, veluti aer, aqua profluens, mare &c. Bona totius populi vocabant *res publicas*, veluti *populicas*, nempe portus, flumina &c. Bona denique minimarum rerumpublicarum vel col-

legiorum illis erant *res universitatis*, quales erant curiæ, theatra, balnea, &c. De hoc principio Stoicorum erudite disserit Gerh. Noodt *Probab.* 1. 8.

§. CCCXV. CCCXVI.

Jam harum rerum omnium definitiones videbimus. (1) *Res communes*, quæ quoad proprietatem nullius, quoad usum omnium hominum sunt; adeoque ex Stoicorum principiis in nullius patrimonio privati, sed totius humani generis sunt, uti aer, aqua profluens, mare, littora maris, *L.* 2. §. 1. *ff. h. t.* §. 1. *Inst. h. t.* Ita JCti Romani. Sed quod ad mare & ad littora maris adtinet, res non adeo expedita est. Certant de ejus imperio dominioque viri eruditi, veluti Joh. Seldeuus, Hugo Grotius, Joh. Baptista Burgos, Corn. van Bynkershoek, Jac. Gothofredus, aliique, quorum toti tractatus exstant. Videtur res facile componi posse, si distinguamus (1) inter oceanum & mare. Ille enim non est in dominio vel imperio, quia ejus possessio adprehendi ac retineri nequit. (2) Inter imperium & dominium. Dominium maris terris nostris propioris frustra nobis vindicaremus: at nihil obstat, quo minus in mari tamquam accessorio terræ imperium exerceamus, leges præscribamus navigantibus, vectigalia exigamus, piratas afficiamus supplicio, &c. idque omnes gentes facere solent. (2) *Res publicæ* sunt, quæ quoad proprietatem sunt populi, quoad usum, singulorum ex populo, ut flumina, portus, ripæ, &c. *L.* 5. *pr. ff. h. t.* Sed observandum tamen, ideo non desinere res esse publicas, si usus singulis denegetur, & soli principi vel summo imperanti concedatur. Nam sufficit, populum non minus in dominio rem retinere, quamvis ejus usufructum principi concedat. Potest enim unusquisque juri in favorem sui introducto renuntiare. Hinc hodie plerisque locis piscatio non amplius est reipublicæ, sed principis, ejusque, cui id jus vel princeps vel populus in feudatione vel privilegio indulget; & tamen id jus recte dici potest res publica. (3) *Res universitatis* sunt, quæ quoad

pro-

proprietatem sunt universitatis, quoad usum singulorum ex ea universitate, ut theatra, stadia, curiæ, cænacula &c. *L.* 6. §. 1. *ff. h. t.* Dicimus, usum patere singulis ejus civitatis membris: quod adeo verum est, ut si quis non prohibeat ea re uti, injuriarum teneatur. *L.* 13. §. *ult. ff. de injur.*

## §. CCCXXVII.

Ex quo facile patet, quomodo differant *res universitatis*, & *res patrimoniales*, seu *patrimonium civitatis*. Conveniunt in eo, quod utraque bona sint universitatis: sed in hoc differunt, quod rerum universitatis usus sit singulorum, patrimonii autem usus minime. Sic e. g. Romæ publico sumptu exstruebantur balnea publica, quorum rudera quædam magnifica ac splendidissima etiamnum supersunt. Hæc erant res universitatis. Quamvis enim dominium eorum penes totam civitatem Romanam esset, usus tamen manebat penes singulos cives. Unusquisque ibi se lavare & valetudinem curare poterat. Contra civitas Norimbergensis magnum possidet territorium, in plures præturas vel præfecturas divisum. Id non est res universitatis, sed civitatis patrimonium. Non enim singuli cives Norimbergenses amplissimo illo agro uti, vel fructus & reditus inde sibi vindicare possunt. Sed & dominium & usus ejus terrarum tractus est penes ipsam civitatem vel rempublicam.

## §. CCCXXVIII.

Superest, ut quædam de *usu* hujus subdivisionis addamus. Nimirum hodie, quæ olim publica erant, pleraque sunt in principum dominio vel usu, e. g. flumina, portus, jus venandi, piscandi, metalli fodinæ. Et hinc hæc jura hodie adcensentur *regalibus minoribus vel juribus majestaticis*. Vid Zieglerus *de jure majest.*, Hert. *de superioritate territoriali*. Quæritur itaque, cur hoc mutatum sit? vel, cur jus istud, quale Romæ

N 5 fuis-

fuisse diximus, non apud nos etiam obtineat? Ratio ex adquisitione provinciarum repetenda est. Recte docuit Hugo Grotius *de J. B. & P. II. 2. 4.* occupari posse provinciam vel *per universitatem*, quando tota provincia conjunctim adquiritur, ac postea dividitur inter cives, ut Palæstinam ab Hebræis occupatam novimus: vel *per fundos*, quoties non tota provincia simul occupatur, sed unusquisque sibi aliquid ex ea provincia pro lubitu vindicat; qualem occupationem observamus apud populos Nomades, qui cum grege pecudum, camelorum, boum pererrant regionem, & ubicumque reperiunt agrum sibi commodum, ibi tentoria figunt, & domicilium constituunt, tamdiu duraturum, donec gramen defecerit; tunc enim alio se conferunt. Jam cum pleræque gentes Europææ non Nomadum more vixerint, sed militiæ nomen clarum sibi quæsiverint: facile sane patet, eos provincias suas non per fundos, sed per universitatem vi bellica occupasse. Ubi provinciam per universitatem occupamus, ibi & singula, quæ illa provincia continentur, ad nos pertinent. Ubi singula in illo toto ad nos pertinent, ibi nihil est nullius, adeoque omnia, veluti metalli fodinæ, feræ, pisces, flumina sunt populi. Quumque populus illa commode nec dividere posset inter singulos, nec communiter illis uti: consultissimum videbatur ea relinquere principi tamquam domanalia, ut iis aulam sustineret. Et hinc hujusmodi res tantum non ubique summis imperantibus relinquuntur. Sæpe tamen principes eas in feudum dant comitibus, baronibus, nobilibus, immo & plebejis illas concedunt pro certo censu, vel canone annuo, fisco principis exsolvendo.

§. CCCXXIX.

Restat unum superioris divisionis membrum. Res esse diximus vel communes, vel publicas, vel universitatis, vel singulorum s. privatas. De communibus, publicis, universitatis rebus diximus: quid vero sunt res singulorum s. *privatæ?* Resp. *quæ sunt in singulorum patrimonio*, sive vere,

re, (si scil. res vere & actu dominum habent); sive per fictionem, (quoties jura fingunt rem in dominio esse, quum nullum dominium habeat); e. g. domus, prata, horti plerumque habent dominos suos, adeoque vere sunt in patrimonio privatorum vel singulorum. At hereditas jacens vere & actu non est in dominio. Testator enim ad plures abiit, adeoque morte ejus dominium exspiravit: heres institutus etiam nondum est dominus, quia hereditatem demum adquirit per aditionem. Ergo hereditas jacens vere est nullius, *L. 1. pr. ff. h. t.*, & nihilominus tamen jura dicunt eam sustinere personam defuncti, i. e. fingunt defunctum adhuc esse rerum istarum dominum, quum dominus non sit, *pr. Inst. de stip. serv.*, adeoque hereditas jacens est res privata vel in privati patrimonio posita per fictionem. Inde est, quod qui ex hereditate aliquid surripuit, non quidem proprie fur sit, quia non subtraxit *rem alienam* & *invito domino*, qui nullus est: quia tamen per fictionem hereditas repræsentat personam defuncti, hinc qui aliquid subtraxit, dicitur *expilasse hereditatem*, de quo crimine extraordinario singularis titulus extat in ff. Vid. *L. 68. ff. de furt. L. 4. ff. expil. hered.*

§. CCCXXX.

Superest duplex divisio rerum in *mancipi* & *nec mancipi*, nec non in *corporales & incorporales*. Sed priorem divisionem sustulit Justinianus in *L. un. C. de vet. Jur. Quirit. toll.* De posteriore titulo demum sequente agitur. Ergo hic utramque divisionem possemus omittere. Quia tamen divisio prior non quidem in foro, sed tamen in theoria usu non plane destituitur, hinc de illa tantum quædam addemus; ne plane ignari simus horum vocabulorum juris antiqui. *Res mancipi* vocabantur, quia in mancipio, i. e. dominio juris Quiritium erant, & per ritum *mancipationis*, vel per æs & libram, quem ritum alio loco (*Antiqu. Rom. l. 1. tit. XII.* §. 6.) descripsimus, in alios transferebantur. *Nec mancipi*, quæ nec in mancipio

N 6 s. ju-

s. jure Quiritario erant, nec per æs & libram alienabantur. Prioris generis erant prædia Italica, servitutes prædiorum rusticorum, servi, quadrupes, hereditas, liberi, margaritæ. Reliquæ omnes nec mancipi dicebantur. Cui plura scire voluntas est, is cum fructu consulet Corn. van Bynkershoek opusculum *de rebus mancipi & necmancipi*. Dubia quædam contra hoc opusculum movit JCtus Dresdensis eximius Christfrid. Waechtlerus in *Actis Erud. Lips. Suppl. Tom. VII. p.* 294. Sed in rebus tam antiquis facilius est dubia movere, quam ea dissolvere. Doctrina Bynkershoekiana nititur testimonio Ulpiani *in fragm. Tit. XIX.* §. 1.

## DE ADQUIRENDO RERUM DOMINIO.

### §. CCCXXXI. CCCXXXII. CCCXXXIII.

Altera hujus tituli pars agit de adquirendo rerum dominio; unde hic de occasione hujus tituli dispiciendum. Diximus secundam Institutionum partem, vel alterum juris objectum versari circa Jus Rerum, quemadmodum primum in Jure Personarum, tertium in Jure Actionum occupatum est, §. CCCX. Jus rerum autem duplex est, vel *in re*, vel *ad rem*. De juribus in re agitur ab initio hujus libri II. usque ad lib. III. Tit. XIV., ubi de jure ad rem agi incipit. Juris in re prima species est *dominium*. Ergo præcipue his & sequentibus titulis de modis adquirendi dominium tractatur. Videbimus itaque, (1) quidnam sit jus in re & ad rem? §. 332. - 334. (2) quid dominium & quotuplex? §. 335. - 338. (3) quid modus adquirendi dominium? §. 339. (4) quotuplices sint illi modi adquirendi? §. 340. usque ad finem tituli.

I. *Quid sit* Jus in re et ad rem? & quomodo illa differant, quæritur. Illud a Grotio definitur, quod sit *facultas homini in rem competens sine respectu ad certam personam*: hoc contra *facultas per-*

*sonæ*

*sonæ competens in personam, ut hæc dare aliquid aut facere teneatur.* Ita utriusque juris in re et ad rem differentiæ in oculos incurrunt. Nimirum, (1), ubi jus mihi est in re, ibi res mihi devincta est: ubi jus ad rem, persona obligata. (2) Ex jure in re rem meam peto: ex jure ad rem dari aliquid vel fieri postulo. (3) Ex jure in re nascuntur actiones reales adversus quemcumque possessorem: ex jure ad rem tantum personales adversus eum, quocum mihi negotium fuit, non adversus tertium possessorem: exceptis actionibus paucissimis, quæ quamvis personales sint, tamen dantur adversus quemcumque possessorem, & ideo dicuntur *in rem scriptæ*, quas reperies suo loco infra (§. MCXLVI. in scholio). Sic e. g. si ex dominio tamquam ex jure in re ago, tunc ubi rem meam invenio, ibi eam vindico, sive cum ea persona negotium mihi fuerit, sive non fuerit. Contra si a bibliopola librum emi, isque eum nondum mihi traditum vendiderit iterum Sempronio: ego sane contra Sempronium agere nequeo, quia cum eo nullum mihi unquam intercessit negotium, sed agere debeo adversus bibliopolam, a quo emi, quia ego ex contractu, i. e. ex jure ad rem.

§. CCCXXXIV.

Sed quæritur, quænam sunt species juris in re & ad rem? De superioribus responsio facillime dari potest. Nam omne jus ad rem est *ex obligatione*, adeoque hæc unica est species juris ad rem, quæ non habet conspeciem. Quotuplex autem ipsa sit obligatio, infra L. III. Tit. XIV. §. 769. seq. videbimus. At difficilius respondetur ad quæstionem, quot sint species juris in re? quippe de qua controversia haud levis nata est inter JCtos. Nam Hahnius ad Wesenbecium & plerique alii quinque enumerant species: (1) dominium; (2) hereditarium jus; (3) servitutem; (4) pignus; (5) possessionem. Primus hos circulos turbavit illustris Lipsiensium JCtus Jac. Bornius, qui in diss. *de jure in re* unam speciem esse demonstrat, puta dominium. Nam (1) possessionem plane negat jus esse. Possessio non in jure, sed in facto consistit.

Si

Si ergo ne quidem in jure constituit, sane non est jus in re. ( 2 Quatuor reliquas species ad unam reducit, nempe ad dominium. Nam dominium, inquit, aut *universale* est, & tunc vocatur hereditas; aut *singulare*. Singulare vel est in *re corporali*, vel in *incorporali*; tunc aut proprietatem dat, aut possessionem. Si proprietatem, vocatur *dominium κατ᾽ ἐξοχήν*. Sin possessionem, vocatur *pignus*. Si denique in re incorporali, vel jure consistit, *servitus* inde nascitur. Ita Bornius. Sed dici non potest, quanta inde bella nullos habitura triumphos. Bornii enim sententiam tanta animorum commotione impugnarunt Glæserus JCtus Helmstadiensis, Schwendendoerfferus Lipsiensis, & alii, ac si non de problemate aliquo juridico, sed de salute Græciæ ageretur. Nos, qui extra partes sumus, facile jam possumus arbitrari ex utra parte stet veritas. Nimirum (1) rectissime Bornius negat possessionem jure Romano esse jus in re. Id paullo aliter probamus quam Bornius. Nam (1) possessio non producit jus, nisi momentaneum, *L.* 15. *de adquir. rer. dom. L.* 5. *ff. de usurp. L. ult. C. qui legit. pers. standi in jud.* Id est, ex possessione sola nullum mihi nascitur jus, nisi quamdiu possideo. Hinc si quis jus suum judici demonstrat, statim possessione excedere cogor, si vel maxime dicam, me bona fide & justo titulo possidere. Atqui jus in re non est jus momentaneum, sed durare debet etiam possessione amissa: hinc e. g. surrepta re non desino dominus heresve esse; re vi occupata ab alio nec jus pignoris nec servitutis, si quod habeo, expirat. Hinc recte ratiocinamur, nullum jus in re est momentaneum (§. 553). Possessio dat jus momentaneum, uti jam demonstravimus: ergo possessio non est jus in re. (2) Idem probamus ex effectu. Omne jus in re producit actionem in rem vel realem, quæ adversus quemcumque possidentem datur, *L.* 25. *ff. de oblig. & act.* §. 1. *Inst. de act.* Quia enim res ipsa mihi devincta est ex jure in re, parum refert quis illam habeat. Ubi eam igitur

tur invenio, ibi vindico, uti ad superiores §§. ostendimus. Atqui ex possessione nascuntur jura possessionis, ac interdicta recuperandæ possessionis, quæ non sunt in rem, sed in personam, *L. 7. ff. de vi &c.* Nec interdicta uti possidetis & Utrobi vel retinendæ possessionis realia sunt. Hic enim agit qui possidet. Is autem in rem agere nequit, præterquam unico casu, nempe actione negatoria, §. 2. *Inst. de Act.* Quum itaque nulla actio, quæ ex sola possessione datur, in rem sit, facile & inde patet possessionem non esse jus in re. Addimus tamen, Jus Canonicum in caussa esse cur tot JCti possessionem pro jure in re venditarint. Nam quum illud invexerit actionem & exceptionem spolii, & utraque etiam tertio possessori obstet, non potuere non inde colligere JCti, possessionem naturam juris in re induisse. Hactenus recte rationes subduxit Bornius. At nulla isti satis justa fuisse caussa videtur, reliquas species juris in re ad unum dominium reducendi. Quid enim proficiet inde ars nostra, si quatuor species natura sua diversas quatuor esse negemus, quoniam in uno conveniunt? Nobis non placet διχοτομεῖν, adeoque consultissimum videtur, quatuor enumerare juris in re species, *dominium*, *jus hereditarium*, *servitutem*, *pignus*; qua in re Huberos & alios JCtos doctissimos habemus consentientes.

## §. CCCXXXV. CCCXXXVIII.

Jam ergo de primo jure in re, puta *dominio*. De quo quæritur, (1) quid & quotuplex sit, §. 335—338.; (2) quot modis adquiratur, §. 339. ad fin. tit.

I. *Quid sit dominium*, non difficilis est quæstio. Dicimus illud esse *jus in re*. Nam qui dominus est, ei res ipsa ita devincta est, ut eam vindicare possit a quocumque possessore, sive ipsi cum hoc negotium fuerit, sive non fuerit, §. 332. Dicimus, *jus in re corporali*. Incorporalia enim in bonis

qui-

quidem sunt, non autem in dominio, *L.* 49. *ff. de V. S.* Unde & si jura persequimur, non id facimus rei vindicatione, quæ ad solas res corporales pertinet, *L.* 1. §. 1. *ff. de rei vind.*, sed actione confessoria vel negatoria. Diximus porro, *ex quo facultas de ea disponendi, eamque vindicandi nascitur.* Nimirum qui dominus est, is habet (1) *dispositionem* de rebus suis, & quidem (α) ut possit re cum exclusione aliorum uti, (β) eam inter vivos & mortis caussa alienare & in alium transferre, (γ) eadem plane abuti, eamque consumere. Habet etiam dominus (2) *vindicandi* facultatem. Qui enim dominus est semel, is talis est semper, adeoque rem vindicat a quocumque possessore. Exemplo esse possunt servi Romanorum. His, quia in dominio erant, uti poterant domini pro lubitu; poterant eosdem aliis donare, vendere, legare; poterant iis abuti, siquidem & jus vitæ & necis in eos habebant; denique si servus fugisset, vel furto surreptus esset, eum ubicumque deprehensum in servitutem retrahebant. Hæc sunt vera effecta dominii. Sed additur tamen in definitione nostra limitatio, *nisi lex vel conventio vel testatoris voluntas obstet.* His enim facile fieri potest, ut dominium restringatur. *Lege e. g.* ea prohibet, non res vindicare, quæ usucaptæ sunt: *conventione*, nam ea prohibentur vassalli, quo minus feudum inconsulto domino alienare possint, cum tamen ipsi quoque dominium habeant: *ultima testatoris voluntate* prohibetur alienatio fideicommissi, cum tamen & ejus dominus sit fiduciarius.

II. Hactenus definitio dominii. Sequuntur divisiones variæ. Nam dominium erat (1) vel *Quiritarium*, Theophilo ἔννομον, legitimum, vel *Bonitarium*, Theophilo φυσικὸν, naturale. Vide Theoph. §. *ult. Inst. de libert.* Illud erat civium Romanorum, adeoque peregrinus nihil habere poterat in dominio Quiritario: hoc commune erat omnibus hominibus. Illud tantum consistebat in rebus *mancipi*, de quibus §. 330.; hoc in rebus etiam

etiam *nec mancipi*. Sic e. g. fundus Italicus poterat esse in dominio Quiritario, & fundus provincialis tantum in bonis erat, & hinc nec usucapi poterat. Vid. *pr. Inst. de usucap.* Sed hanc divisionem sustulit Justinianus duabus constitutionibus, nempe *L. un. C. de vet. jur. Quir. toll.*, *& L. un. C. de usucap. transferend. & subl. differ. rer. manc. & necm.*, ubi cum fructu addi potest Cujacius *in paratitlis ad h. t. codicis.*

(2) Dividitur in *plenum* & *minus plenum. Plenum* est, ubi & disponendi facultas & jus utendi in una persona conjunguntur: *minus plenum*, ubi duo hæc jura divisa & quodammodo separata sunt. E. g. in feudo vasallus habet jus omnem percipiendi utilitatem, sed non jus disponendi de feudo, sed illud inter dominum & vasallum divisum est, ita ut hic nec alienare possit feudum, nec oppignorare sine consensu domini. Ergo utriusque dominium non est plenum, sed minus plenum. *Minus plenum dominium* iterum duplex est. Nam qui sibi reservavit jus, ut sine ejus consensu possessor de re libere disponere queat, is dicitur habere *dominium directum:* qui autem solus omnem ex re utilitatem percipit, ei *dominium utile* tribuitur. Sic e. g. in emphyteusi dominus emphyteuseos (*der Erbenzinsherr*) est dominus directus: emphyteuta autem (*der Erberzinsmann*) est dominus utilis. Abhorrent aliqui ab his vocabulis, quod ea in jure non occurrunt, sed a glossatoribus inventa sunt. Et sane non admodum sunt concinna, & elegantius res potest exprimi, si dominium in *verum* & *jus dominio proximum* dividamus, ceu factum a B. Hubero, Deo Wessenbergio, & ab aliis. Sed cui bono quæso mutemus vocabula ubique in foro & inter JCtos recepta? maxime quum, licet non admodum elegantia sint, tamen non plane barbara sint judicanda. Magis utile est observare, hodie tres esse species dominii minus pleni, *jus emphyteuseos*, *jus superficiei*, *& jus feudi*. Duo priora ex jure Romano sunt, postremum Romani ignorarunt.

(§. CCCXXXIX.)

(§. CCCXXXIX.)

Pergimus ad alteram partem, quam de dominio observandam diximus. Quæritur enim jam, quibus modis dominium adquiratur? Hic dispiciendum, (1) quid sit modus adquirendi, §. 339.; (2) quotuplices sint, §. 340.; (3) quot sint modi juris gentium, §. 341. fin.

I. quod ad primam adtinet quæstionem, cavendum ante omnia, ne confundamus *titulum & modum adquirendi*, quippe qui toto cælo differunt. Omne enim dominium duplicem habet caussam, *proximam* per quam immediate dominium consequor, & *remotam* per quam & propter quam mediate fio dominus. E. g. si rem a domino emi, & hic mihi rem emtam tradit, dominus fio, & tunc traditio est caussa dominii proxima, emtio autem caussa remota. Jam ut rem adplicemus, caussa dominii *proxima* vocatur *modus adquirendi*, caussa autem *remota titulus*. Et hi etiam effectu differunt. Nam (1) per titulum tantum consequor jus ad rem: per modum adquirendi, in re (2) Ex titulo ago in personam, adversus eum, quocum mihi negotium fuit: ex modo adquirendi in rem, ago adversus quemcumque possessorem. Exempla habetis in *L.* 72. *ff. L.* 15. *C. de rei vindic. & L.* 3. *ff. de obl. & act.* ubi hic casus: Res, e. g. liber a bibliopola primum mihi, deinde Titio venditus est, posteriori etiam traditus. Quæritur an ego, qui prior emi, adversus Titium agere, & librum prius emtum vindicare possim? Negatur. Nam qui emit, jam tum titulum habet, nondum autem rem adquisivit, adeoque nec in rem agit adversus quemcumque possessorem, quia jus in re nullum habet; sed agere debet adversus bibliopolam, quocum ipsi negotium fuit, ad implendum contractum, vel si adimplere nequeat ad id, quod interest. Notandum itaque hic axioma, *titulus nunquam dat jus in re, sed debet accedere traditio*, *L.* 20. *C. de pact.* Ergo sive emerim, sive res mihi legata, donata, permutata sit, nondum tamen sum dominus, antequam traditio

ac-

accedat, quæ sola transfert dominium vel jus in re; modo præcesserit titulus ad transferendum dominium habilis, *L.* 51. *p. ff. de adquir. rer. dom.* §. 4. *Inst. h. t.* Ergo nec titulus sufficit sine traditione, nec traditio sine titulo. Hoc axioma regnat per universum jus, & probe infigendum est memoriæ. Sunt tamen quædam exceptiones, quas in scholio 2. adjecimus. Nimirum excipitur (1) *jus hypothecæ.* Hypotheca enim non traditur creditori, ut alia pignora, sed pacto id jus in re constituitur. Et tunc creditor habet actionem realem adversus quemcumque possessorem, quamvis numquam rem traditam acceperit vel possederit, *L.* 1. *pr. ff. de pign. act.*

(2) *Servitutes negativæ.* Servitutes sunt jura: jura sunt res incorporales. Hæ proprie non traduntur, sed quasi traduntur, quæ quasi traditio consistit in unius exercitio & patientia alterius. E. g. si quis mihi promisit servitutem viæ, & deinde ego eo, ambulo, ago, veho per ejus fundum, & ille patitur id fieri, tunc quasi tradita est mihi servitus, *L. ult. ff. de serv. præd. rust.* At id tantum verum est de servitutibus affirmativis, veluti itinere, actu, via, luminum, stillicidii &c. At negativæ per rerum naturam nec tradi, nec quasi tradi possunt. E. g. si cui promisi servitutem, ne altius tollam ædes, tunc nec tradere ei quidquam possum, nec pati; alter etiam nihil exercere potest; sed sola pactione hoc jus in re constituitur, adeoque solo titulo. (3) *Res tribus judiciis divisoriis adjudicatæ.* Hæ enim statim postquam adjudicatæ, meæ fiunt, quamvis nondum traditæ. Sunt autem judicia illa divisoria, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Ergo si coheredi, vel condomino, vel vicino quidquam ex his judiciis adjudicatur, ad eos statim transit dominium, §. *ult. Inst. de off. jud.* Vulgo JCti, & in his Dnus *Ludovici*, id valere existimant in omnibus adjudicationibus: sed id erroneum. Nam (a) §. *ult. Inst. de off. jud.* expresse tantum de tribus illis judiciis divisoriis lo-

loquitur, non autem de reliquis. (b) Si omnis sententia judicis jus in re tribueret, actionem judicati oporteret esse actionem realem, quum tamen manifesto personalis sit, fatentibus omnibus. (4) *adquisitiones per ultimam voluntatem.* Traditio fieri debet a domino, vel saltem ejus mandato ab alio, *L.* 9. §. 4. *ff. de adquir. rer. dom.* Mortuus autem tradere non potest. Et hinc heres fit heres sine traditione per aditionem. Legatarius speciem sibi legatam adquirit sine traditione statim a morte testatoris, *L. ult. ff. de serv. leg. L.* 19. §. 1. *ff. quemadm. serv. amitt.*

## §. CCCXL.

Quæritur (II) quotuplices sint modi adquirendi? Dividuntur ab origine. Nam alii ex ipso jure naturæ & gentium promanant, & omnibus omnino gentibus communes sunt. Alii ex solo jure civili Romanorum fluunt, & hinc apud alias gentes vel ignoti sunt, vel aliter se habent. Sic e. g. omnibus gentibus communis adquirendi modus est traditio. *Quid enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam habere?* inquit JCtus *L.* 9. §. 5. *ff. de adquir. rer. dom.* Contra, usucapionem non omnes gentes sciunt, vel saltem eam non eodem modo servant ac Romani. E. g. Romano jure usucapimus rem immobilem decem annis inter præsentes, viginti inter absentes: mobilem triennio. Contra, Germani & hodienum Saxones, Angli aliæque gentes rem mobilem anno, immobilem triginta annis, anno & die, i. e. 31. annis, 6. hebdomadibus & 3. diebus usucapiunt. Itaque traditio est ex jure gentium, usucapio ex jure civili. Ex quo manifestum est modos adquirendi esse vel *naturales*, qui ex jure naturæ & gentium fluunt: vel *civiles*, qui ex jure civili promanant. De naturalibus hoc titulo, de civilibus infra tit. 6. & seq. agitur.

§. CCCXLI.

§. CCCXLI.

(III.) Quotuplices vero sunt naturales adquirendi modi? Ea de re non convenit inter JCtos. At hos in viam reduxerunt *Grotius de J. B. & P. L. II. c. III.* §. 1., & *Puffend. Lib. IV. Cap. VI.* §. 1. Aut enim adquirimus rem, quæ non est in alterius dominio; e. g. feram bestiam, examen apum, piscem e mari extractum: aut res, quæ in alterius dominio est, in nostrum dominium transfertur; e. g. sic heres fit dominus rerum quas defunctus habuit; sic emtor fit dominus rei, quam venditor habuit, quamque hic illi tradidit. Priores adquirendi modos, quibus dominium rerum in nullius dominio constitutarum consequimur, Grotius vocat *originarios*: posteriores, quibus dominium ab uno ad alterum transfertur, *derivativos*. Originarii iterum duorum generum sunt. Nam aut rei substantiam ipsam adquiro, aut incrementum & fructus, qui ex substantia rei proveniunt. Si prius, Puffendorfius hos modos originarios dicit *simpliciter*: si posterius, *secundum quid*. Sic e. g. si quis examen apum in sylva captum alveario includit, modus hic adquirendi simpliciter est originarius, quia ipsam apium substantiam cepit. At postea etiam dominus fit mellis, quod fecerunt apes, isque modus adquirendi est originarius secundum quid, quia quod per istam substantiam apum accedit, incrementum adquirit. Jam ergo facile omnes modos adquirendi naturales reperiemus & recensebimus. Unus est originarius simpliciter, isque vocatur *occupatio*, de qua agitur §. 342-353: unus originarius secundum quid, qui vocatur *accessio*, de qua a §. 354-378: unus derivativus, qui vocatur traditio, de qua §. 379. ad fin.

§. CCCXLII. CCCXLIII.

Modus adquirendi simpliciter originarius est *occupatio*, quæ est *rerum corporalium nullius ad-* pre-

*prehensio cum animo sibi habendi.* Hæc definitio recte intelligenda. Dicitur occupatio *adprehensio*, & quidem talis, qualem res patitur, e. g. ut feram capiam, ut gemmam tollam, ut urbi immittam copias; ita enim hæ res occupari solent. Sed additur, *cum animo sibi habendi*. Nisi enim is adsit, adprehensione nihil adquirimus; quemadmodum & animus non sufficit sine adprehensione. Sic. e. g. si furiosus aliquid tollit, rem non occupat, quia animus sibi habendi deest. Contra, si quis e fenestra prospiciens videat gemmam in luto jacentem, & clamet, hanc mihi habebo, non fit dominus, si alius præteriens eam prior adprehendat. Debent ergo conjunctim adesse adprehensio corporalis, & animus sibi habendi. Addimus porro in definitione, *rei nullius*. Ubi enim res jam dominum habet, occupatione sane eam nostram haud facimus, sed furtum committimus contrectando rem alienam invito domino. Inde itaque facile intelliguntur quatuor axiomata, quæ §. CCCXLIII. de occupatione dedimus. Nam (1) quæ nullius sunt, cedunt occupanti. In jure nostro autem aliquid nullius dicitur vel *natura*, veluti piscis in mari, fera bestia, §. 12. 22. *Inst. h. t.*, vel *tempore*, quia veteris domini memoria non extat, veluti thesaurus, §. 39. *Inst. h. t.* vel *facto* prioris domini, qui rem eo animo abjecit, quod nolit eam in numero rerum suarum habere; quæ res in specie vocantur *pro derelictis habitæ*, §. 46. *Inst. h. t.* De omnibus valet axioma nostrum: Quæ nullius sunt, cedunt occupanti; quia nihil est, quod occupantis dominium impediat. (2) *Occupatio fit animo & actu corporali simul.* Quandiu enim non adprehensa est res, nihil est cur dicamus, non magis unius quam alterius esse. Si autem non est animus adprehendendi, actus non est humanus, adeoque nullum potest effectum civilem producere. Adprehensio autem corporalis rerum mobilium ordinarie fit manu, immobilium pedibus vel ingressu in rem. Hinc facile intelligitur nobilis illa quæstio apud

Plu-

Plutarch. *quaest. graec.* 30. Andrii & Chalcidenses audiverant, barbaros urbem Acanthum deseruisse; miserunt singuli singulos, qui explorarent, an id esset verum, et si verum esset, urbem occuparent. Hi propius accedentes cum dubitare non possent locum desertum esse, Chalcidensis legatus cursu concitato contendit, ut prior Chalcidensium nomine occuparet. Andrius cum se cursu superari intelligeret, jaculum, quod gestabat, urbi immisit, & quum id prius portae infixum esset, quam Chalcidensis eam attingeret; dicebat Andriorum nomine se prius occupasse. Arbitri dati Eretrienses, Sami & Parii. Priores duo pro Chalcidensibus, posteriores pro Andriis pronuntiarunt. Quid de tota controversia statuendum? Chalcidensium caussa justissima fuit. Quis enim urbes jaculo, tamquam aviculas, occupat? An ideo hostis dicitur occupasse urbem, quia aliquot millena globorum immittit? Vid. Pufend. *in J. N. & G. Lib. III. Cap. VI.* §. 8. Utrique quidem legato fuit animus urbem desertam nomine gentis suae occupandi, sed non uterque adprehendit urbem eo modo, quo possessio urbium adprehendi solet. (3) Quae custodia coerceri nequeunt, nec occupari possunt. (per axiom. 2.) Quid autem prodest adprehendisse, si possessionem retinere nequeam? *L.* 13. *pr.* §. 2. *ff. de adqu. rer. dom.* Et hinc recte v. c. van Bynkersh. in libello *de dominio maris* annexo comm. ad Leg. Rhodiam, negat, Oceanum occupari posse, quia possessio classe adprehensa retineri nequeat. Classe enim domum reversa aeque facile alius classe instructus in mari dominatur ac nos.

## §. CCCXLIV.

Species occupationis quot sint, hoc §. ostenditur. Nimirum tres sunt, *venatio*, *occupatio bellica*, & *inventio*. (1) *Venatio* est bestiarum ferarum occupatio. Quumque ferae bestiae vel quadrupedes sint, vel volucres, vel aquatiles, hinc & venatio tri-

triplex est, venatio proprie sic dicta quadrupedum, aucupium avium, piscatio aquatilium vel piscium. (2) *Occupatio bellica* est personarum & rerum hostilium captarum. Ubi dubium insigne nascitur. Occupatio enim est rerum nullius. (§. 343.) Atqui res & personæ hostium, quas capimus, non sunt nullius, sed in dominio hostium, vel plane personæ liberæ; neque unquam hostes eas res pro derelictis habuerunt. Ergo omnino occupari nequeunt? Respondemus, (§. 348.) Romanos vere existimasse res hostium esse res nullius. Observavit id Dn. Westembergius, *pr. ff. de adq. rer. dom.* §. 39. & quidem *ex L.* 1. §. 1. *ff. de aquir. vel amitt. poss.*, ubi JCtus manifesto res hostium comparat cum rebus nullius. Sed id jam addimus, etiam jus naturæ & gentium hoc principium admittere. Eleganter eam in rem *Puffend. lib. IV. de J.N. & G. C.VI.* §. 14. *Sciendum est per statum hostilem, uti cetera jura pacifica, ita & effectum dominii abrumpi, hactenus ut non amplius quis teneatur ab istius rebus manus abstinere, nisi qua humanitas suaserit. In bello ergo res hostium in ordine ad alium hostem redduntur veluti dominio vacuæ, non quod hostes per bellum ipso jure rerum suarum domini esse desinant, sed quia illorum dominium non obstat hosti, quo minus eas res auferre, sibique habere possit. Prorsus uti ad rei vacuæ dominium adquirendum sola adprehensio sufficit.* (3) *Inventio* est rerum nullius mobilium, vel in nullius dominio constitutarum, vel pro derelictis habitarum, occupatio. Sic e. g. inventione nostras facimus gemmas a mari ejectas, nummos in via publica inventos, quorum dominus nusquam adparet, &c. Jam de singulis.

## §. CCCXLV. CCCXLVI. CCCXLVII.

Prima occupationis species est *venatio*, quam jam ad superiorem §. definivimus. Quum itaque sit ferarum bestiarum occupatio, manifesto patet tria hic esse indaganda, (1) quænam sint feræ bestiæ?

stiæ? §. 345. (2) quomodo per venationem nostræ fiant? §. 346. (3) quamdiu occupatæ nostræ fiant? §. 347.

I. Bestiæ dividuntur in *mansuetas*, *feras*, & *mansuefactas*, quamvis has multi ex veteribus ad feras retulerint. (1) *Feræ* sunt, quæ libere vagantur, & nonnisi vi capiuntur, ut lepores, cervi, apri. In *Instit.* nostris §. 15. *h. t.* dicitur, quæ non habent animum redeundi. Nam e. g. avicula semel manu emissa non redibit; est ergo fera bestia. (2) *Mansuetæ* sunt animalia domestica, quæ habent animum redeundi, e. g. sues, boves, anseres, gallinæ, anates: (3) *mansuefactæ* feræ natura domi nostræ cicuratæ, e. g. cervi cicures, columbæ, pavones, apes. Ergo facile patet feras tantum venatione capi posse, non animalia mansueta, vel mansuefacta. Hæc qui venatur, fur est, non venator.

II. Quomodo ergo per venationem nostra fiunt animalia? Rem explicavimus 5. conclusionibus, quæ omnes fluunt ex axiom. 1. §. 343. *Quæ nullius sunt, cedunt occupanti.* Inde enim prono alveo fluit, (1) feras bestias captas statim nostras fieri. Sed id recte intelligendum. Supponitur enim hic feras esse res nullius; id quod etiam, quoad jus naturæ & gentium adtinet, dubio caret. Sed cum supra demonstratum sit, (§. 328.) in provinciis per universitatem occupatis nihil esse nullius, sed omnia in dominio reipublicæ vel populi occupantis; facile patet potuisse populum tamquam qui jus occupandi occupavit, hujusmodi res principi tradere, tamquam præcipuas & peculiares, adeoque privatos usu earum excludere: id quod & fere ubique factum, unde hodie feræ quidem bestiæ cedunt occupanti, sed, eo tantum casu, si habeat jus venandi, piscandi, aucupandi. Alioquin enim, si hoc jure destitutus venari velit, pœnis merito coercetur. 2) Capi posse feras etiam in fundis alienis *L.* 3. §. 1. *de adqu. rer. dom.* Res enim nullius non quidem quærere possunt in fundo alieno, §. 351. At casu fortuito repertam sta-

tim meam facio, adeoque & feram in agro alieno vagantem. Sed addendæ tamen duæ limitationes: (α) modo ne alterius fundum violem. Nam si in agro consito feram prosequar & fruges corrumpam, damnum resarciendum est merito. (β) Modo ne dominus me ingredientem prohibeat. Quemadmodum enim mihi jus est rem nullius etiam in alieno occupandi: ita alteri vi dominii jus est, alios usu rerum suarum excludendi, adeoque prohibendi ne quis venandi caussa fundum suum ingrediatur. (γ) Feras inclusas capi venando non posse. Sic pisces includuntur piscinis, feræ vivariis, apes alveariis. Non posse tunc capi feras inclusas, manifesto patet ex *L.* 3. §. 14. *ff. de adqu. vel amitt. possess.* Ratio est, quia occupatio est rerum nullius (§. 341.). 1) Quæ autem jam occupata sunt, non sunt nullius. Qui enim pisces captos piscinæ suæ immisit, eos adprehendit, & habuit animum eos sibi habendi. Qui adprehendit animo sibi habendi factus, est dominus, (§. 345. 2) Ergo res non est nullius, adeoque qui in piscinis plenis piscatur, furtum committit. (δ) Venationem nullam esse ferarum mansuetarum & mansuefactarum. Hanc conclusionem ejusque rationem jam explicavimus paullo ante. (ε) Vulnerationem non sufficere, sed accedere oportere adprehensionem, sive illa manu fiat, e. g. si cervus occisus a nobis tollitur: sive instrumentis, e. g. si cervus in casses inciderit, pisces reti nostro teneamus. Quamvis autem non sufficiat feræ vulneratio, *L.* 5. §. 1. *L.* 55. *ff. de A. R. D.* jus tamen vulneranti competit eam persequendi etiam per fundum alterius, & ibi cadentem occupandi, modo id non faciat adhibitis canibus & inflato corniculo. Ita mores fere ubique servant.

III. Quandiu fera capta nostra sit, ex regula hac patebit. Quoad fera libertatem naturalem non recuperavit, nostra est. Si custodiam nostram evasit, nostra esse desinit §. 12. *Inst. h. t.* Et hinc si a nobis fugientem cervum alius occupet, suumque faciat, non possumus cum eo furti agere, quia

quia rem nullius, non nostram, contrectavit. Regula hæc ab aliis juris principiis plane recedit. Nam supra diximus, alias jus in re non esse momentaneum, sed perpetuum, adeoque rem, cujus semel dominium adquisivimus, amissa possessione non desinere nostram esse (§. 333.). Hinc e. g. servus noster fugiens libertatem naturalem non consequitur, quia semel nostro in dominio fuit, & hinc ubicumque repertus, potest vindicari. Res furto ablata nostra manet nihilominus. Semper enim jus in re perpetuum est. At in solis feris hæc regula fallit; uti jam Grotius *de J. B. & P. Lib.* II. *C. VIII.* §. 3. observavit. Simulac enim aufugerunt & evaserunt custodiam nostram, pristinam recuperasse libertatem & nostræ esse desiisse censentur, adeoque a quocumque sine furti crimine recte occupantur.

§. CCCXLVIII. CCCXLIX.

Altera species occupationis est *occupatio bellica*: cujus principium & originem ad §. 344. ostendimus. Quia enim res & personæ hostium jure gentium tamquam res nullius considerantur, hinc inde fluunt 7. conclusiones.

1) Ea, quæ ab hostibus capimus, nostra fiunt *L.* 5. §. *ult. ff. de A. R. D.* §. 17. *Inst. h. t.* Dicimus autem *ab hostibus*; ex quo statim sequitur, id jus non pertinere ad bella civilia; unde & in his personæ captæ non fiebant servi, *L.* 21. §. 1. *ff. de capt. & postlim.*, sed proscribebantur; de cujus proscriptionis origine & forma quædam habent viri docti in notis *ad Vell. Paterc. lib. II. c.* 28. Multo minus ergo privata latrones & grassatores quæ capiunt, sua faciunt, cum his jus belli plane nullum competat. 2. 3.) Hosti quoque jus est res suas captas recuperandi. Nam ipsi quoque hostes sumus. Ergo illi idem jus est in nos, quod nobis in illum. Ex quo sequitur, ut res mobiles & personæ captæ non prius nostræ sint, quam eas in præsidia vel portum nostrum retulerimus. Itaque si hostis eas antea recuperat, non furtum in nobis facit, sed suo jure utitur. *L.* 5. §. 1.

*ff. de capt. & postlim.* 4) Præda non est singulorum militum capientium, sed ejus, cujus sumptibus & auspiciis bellum geritur. *L. pen. ff. ad Leg. Jul. pecul.* Ubi is peculatus reus esse dicitur, qui sibi partem prædæ retinet, neque eam infert ærario. Ergo vulgaris quidem, sed ridiculus est error existimantium, apud Romanos quod singuli milites ceperint, id eorum fuisse. Reclamant & jura nostra, & historiarum monimenta, & ipsa æquitas. Milites enim conducuntur stipendio, adeoque quidquid opera sua adquirunt, non sibi adquirunt, sed ei cujus impensis & auspiciis militant. 5) Multo minus ergo sibi vindicare possunt milites bona immobilia bello capta, e. g. agros, fundos, prædia, quamvis ea ipsi primi invaserint & occuparint. Omnis enim ager ab hoste captus jure nostro fit publicus. *L.* 20 §. 1. *ff. de capt. & postlim.* Et apud Romanos nihil inde capiebant milites, nisi lege lata agraria populus decrevisset, ut coloniæ militares eo ducerentur, & veteranis certa pars agri ob bene merita divideretur. Egregie rem ex antiqu. Rom. exposuit v. c. Petr. Burmanus de *vectigal. pop. Rom.* 6.) Additur exceptio. Uno enim casu milites prædam sibi retinebant, si imperator eam illis diserte permitteret, *L.* 56. §. 1. *C. de donat.*, quod aliquando fiebat excitandæ fortitudinis caussa, si quando ingens immineret periculum; uti & hodie aliquando fieri solet, maxime si respublica permittit privatis, ut navibus armatis hostium navibus insidias struant, tunc enim iis pars prædæ concedi solet. 7) Hinc & facile patet, quid sit jus postliminii? Si enim persona captiva, vel navis tempore belli custodiam hostis evadit, simulac fines imperii nostri attigit, vel in portum nostrum pervenit, pristina jura recuperat jure postliminii. Id est, fingitur, eam nunquam in potestate hostium fuisse. *L.* 7. §. 19. *ff. de capt. & postlim.* Ex qua fictione sequitur, (α) ut personæ e captivitate reversæ fiant ingenuæ, (β) ut res postliminio reductæ redeant ad priorem dominum.

§. CCCL.

§. CCCL. CCCLI. CCCLII.

Tertia species occupationis est *inventio*. Dicimus eam speciem occupationis. Occupatio est rerum nullius; ergo sequitur, ut rerum ab aliis amissarum nulla sit inventio talis, ut earum dominium adquirere possimus. Nostra, de qua loquimur, inventio ita definitur: *inventio* est *rerum nullius vel pro derelictis habitarum adprehensio.* Itaque & hic requiritur 1) animus adprehendendi, & 2) adprehensio actu corporali facta. Ergo qui rem videt prior, non facit oculis suam, sed qui eam prior occupavit & adprehendit. Moribus tamen apud veteres, æque ac apud nos, receptum est, ut hoc casu partem accipiant, qui rem viderunt. Sunt hujus generis exempla apud auctores, *Phædr. lib.* 5. *fab.* 6.

*Invenit calvus forte in trivio pectinem;*
*Accessit alter æque defectus pilis;*
*Eja, inquit, est commune, quodcumque est lucri.*

*Seneca*, *ep.* 120. *Quoties aliquid inveni, non expecto donec dicas, in commune: ipse mihi dico.* Simile quid apud Græcos observatum esse discimus ex *Theophrasti charact. c.* 24. Hoc modo itaque nostræ fiunt gemmæ, lapilli, aliaque, quæ nullius in dominio sunt: *an vero etiam thesaurus?* Ut hanc quæstionem intelligamus, sciendum, 1) quid sit thesaurus? 2) cui cedat? *Primo* thesaurus est *vetus depositio pecuniæ, cujus memoria non extat.* Hinc si pecunia ipsa novæ fabricæ sit, sane, quod reperio, non est thesaurus: nec magis meum facio, quod reperio in ædibus, si sciam, a quo depositum sit. Id enim vero domino, aut si is jam ad plures abierit, ejus heredibus restituendum est; si non restituatur, ab his recte vindicatur, *L.* 67. *ff. de rei vindicat.* Jam si quæratur secundo, cui thesaurus repertus cedat, non possumus non monere, olim ea de re in diversa ivisse auctores. Ratio est, quia alii thesauri inventionem ad occupationis species, alii ad species accessio-

 nis

nis referebant. Priori addicti sententiæ thesaurum adjudicabant inventori, quia quæ nullius sunt, cedunt occupanti, §. 343. Qui posteriori favebant, thesaurum putabant ad dominum loci, in quo inventus fuerat, pertinere; quia cujus est principale, ejus est accessorium, §. 354. Ambiguitatem hanc sustulerunt imperatores, & in primis HADRIANUS, §. 39, *Inst. h. t.* de quo Spartian. *in vita Hadr. c.* 18. *de thesauris ita cavit, ut, si quis in suo reperisset, ipse potiretur; si quis in alieno, dimidium domino daret; si quis in publico, cum fisco æqualiter partiretur.* Hadrianus itaque utramque sententiam conjunxit, & voluit, ut partem dominus haberet jure accessionis, alteram inventor jure occupationis. Totam hujus legislationis historiam accurate exposuit Jac. Gothfr. *ad L.* 1. *C. Theod. de thesaur.* Attamen ut ad conclusiones speciales de thesauris perveniamus, observandum, 1) *thesaurum artibus magicis repertum fisco cedere*, in pœnam istarum malignarum artium, *L. un. c. de thesaur.* 2) In loco alieno quæsitum & inventum, totum domino cedere *L.* 63. *de A. R. D.* Nemini enim jus est, thesauros in fundo meo quærendi. Si quid hujus generis audet, furti reus est, adeoque thesauri, tamquam rei furtivæ, non fit dominus. 3) In loco suo inventum thesaurum dominus totum adquirit, §. 39. *Inst. h. t.* Partem ex principio Hadriani habet tamquam inventor, partem tamquam dominus, adeoque totum capit. 4) In loco alieno casu fortuito inventus thesaurus pro parte est inventoris, pro altera domini. *d.* §. 39. *Inst. h. t.* Sed hic controversia nascitur, an idem obtineat si mercenarius in ædibus meis fodiens thesaurum reperit? Sunt sane præjudicia in contrarium, quæ hoc nituntur fundamento, quod mercenarii conducantur non ad sibi, sed ad nobis adquirendum. Ita casum decidunt Angelus ad § 39. *Inst. h. t.* Petr. Greg. Tholosanus *Syntagm. lib. III. C. XI. n.* 5. Sed quid est, quæso, casu fortuito reperire thesaurum, si hoc non est? An mercenarius inveniendorum thesaurorum caussa con-

conducitur? Hinc ei partem recte adjudicat v. a. Corn. Van Bynkersh. *Obs. II. pag.* 123. *arg. L.* 36. §. 3. 4. *ff. de adqu. rer. dom.*, & *L.* 97. *ff. de rei vindic.*

§. CCCLIII.

Addimus quædam more nostro de *Usu hodierno*, sed breviter. Nimirum pleræque res quæ olim tamquam res nullius ab unoquoque occupari poterant, hodie sunt in potestate principum, vel rerum publicarum, eorumque, quibus illa princeps per investituram vel infeudationem concessit; cujus rei rationem jam supra reddidimus. Hinc hodie non amplius occupantibus cedunt feræ, volucres, pisces, præda hostilis, res mari ejectæ, sed hæc omnia ad principem pertinent. Sic e. g. res Borussiæ solus jus habet colligendi in littore Borussico electrum, &c. Olim etiam ubique integentes Germanicæ originis vigebat jus colligendi bona naufragorum, (das Strand-Rech) sed illud deinde abolitum per *Auth. Navigia. C. de furt.* In sola tamen Dania adhuc obtinet, adeo ut in suggestibus ecclesiasticis preces fundant, ut Deus benedicere velit juri colligendi bona naufragorum. Dura hæc sunt, & principiis juris adversa, quamvis a celeb. Thomasio, aliisque defendi soleant: sed sunt tamen ita recepta, secus ac in Frisia, ubi laudem meretur statutum Lib. 1. Tit. 24. §. 13.

§. CCCLIV.

Pergimus ad modum adquirendi *originarium secundum quid*, i. e. *accessionem* §. 341. Est autem accessio *jus adquirendi quod rei nostræ adjungitur*, *incrementum*. Naturaliter enim ita se res habet, ut cujus est principale, ejusdem sit accessorium, e. g. cujus est arbor, ejus est fructus; cujus vacca, ejus est vitulus; cujus alvearium, ejus est favus. Est autem accessio *triplex: naturalis*, quæ a sola natura ejusque beneficio rei nostræ accedit, veluti vitulus, alluvio &c. *industrialis*, aliis *artificialis*, quæ arte atque industria rei nostræ accedit, veluti si quid chartæ nostræ inscriptum:

*mixta*, aliis *industrialis*, ubi & naturæ beneficium & industria nostra concurrunt, e. g. in agro consito, in horto culto &c.

## §. CCCLV. CCCLVI.

*Naturalis accessionis* plures sunt species, (1) fœtura, (2) insula, (3) alluvio, (4) vis fluminis, (5) alvei mutatio.

I. *Fœtura* est accessio per generationem substantiæ animatæ. Quia autem ad generationem duæ substantiæ concurrunt vel duo sexus, quæritur, quem ex his sexibus sequatur partus? Constat inter omnes physicos, materiam vel substantiam animalis non a patre, sed a matre esse. Et hoc etiam veteres Stoici agnoverunt, qui fœtum in utero materno clausum non pro animali, sed pro parte vel viscere matris habebant, *L.* 2. *ff. de morte infan.* *L.* 3. §. 1. *ff. de ventr. insp.* *L.* 39. *ff. de pœn.* Addatur de Stoicis *Seneca*, *epist. ult.*, *Plutarch. de plac. philos. l.* 2. *c.* 15. 16., quæ loca debemus JCto eximio *Em. Merillio Obs. l.* 1. *c.* 16. Inde ergo sequitur axioma, *quidquid ex ventre matris in dominio nostro constituto nascitur, nostrum est*, *L.* 4. *L.* 6. *ff. de adqu. rer. dom.* Dicimus, *ex ventre in dominio nostro constituto*. Nam in personis liberis aliter se res habet. Aut enim in justo matrimonio vivunt, aut extra matrimonium procreant liberos. Si prius, tunc partus sequitur conditionem patris, adeoque & nobilitatem patris, ingenuitatem &c. Sin posterius, denuo partus sequitur conditionem matris. Vid. *L.* 24. *ff. de stat. hom.*; quæ præcipue huc pertinet. At in ventre nostro, i. e. qui in dominio est, perpetuum est axioma, partus sequitur ventrem. Inde ergo per se & sua sponte fluunt conclusiones: (1) quidquid ex animali nostro nascitur, est domini ventris, §. 19. *Inst. h. t.* Itaque vitulus cedit domino vaccæ, non bovis, qui virum se præstitit: equulus est domini equæ, non equi, qui equam impraegnavit. Sed an vicini equus gratis hanc operam præstiterit?

Resp.

Resp. Dominus equi jure petit equimentum, i. e. pecuniam pro ista opera præstandam, *L.* 52. §. 2. *ff. de furt.* 2) Vernæ ex ancillis nostris nati nostri sunt, § *ult. Inst. de jure pers. L.* 7. *C. de rei vind.* Servi enim erant res: res, quæ rei nostræ naturæ beneficio accedit, nostra est, § 354; ergo & verna, ex ancilla nostra natus, noster est.

## §. CCCLVII.

Altera species accessionis naturalis est *insula*, §. 355. nempe nova & nuper nata. Insula autem vel nascitur in flumine, vel in mari, vel per flumen divergens, & infra unitum. Primam speciem ostendit Fig. 18. Tab. II., ubi A. est flumen; a. b. c. sunt tres insulæ; d. e. f. g. h. i. k. l. m. n. sunt agri ad utramque ripam fluminis. Species secunda per se, & sine schemate intelligitur; tertiam explicat Fig. 19. Tab. II. in qua B. est flumen; c. locus ubi flumen divergit; d. locus ubi flumen iterum unitur.

Quod si itaque in flumine nova insula nascitur, ea JCtis Romanis consideratur tamquam accessorium agrorum vel prædiorum ad utramque ripam sitorum. Ideo procul dubio, quia insula ista ex terra vel humo vicinis agris surrepta, nata præsumitur, hinc a) si in medio fluminis sita, qui utrimque agros possident, eam dividunt pro modo & quantitate agrorum. Sic. e. g. insula a in schemate A dividenda esset inter dominos agrorum d. e. h. i.; & quia possessores d. e. duplo majores agros habent, quam domini agrorum h. i., hinc & duplo majorem portionem accipient. b) Si insula alterutri ripæ propior est, illa cedit iis, qui agros proximos in ea ripa possident. denuo pro modo agri. Hinc in eodem schemate A insulam b solus possessor agri l, insulam & possessores prædiorum f. g. capiunt; & quidem f partem duplo majorem quam g. §. 52. *Inst. h. t. l.* 7. §. 3. *L.* 29. *ff. de A. R. D.*

Si insula in mari nata, quod sane fit rarissime

ob vehementiam fluctuum, (Plin. *l. II. hist. nat. c.* 85.) tunc denuo valet regula, accessorium sequitur suum principale §. 354. Atqui mare ex principiis juris Romani est commune, adeoque nullius §. 326., ergo & insula ibi nata est nullius (§. 343.), & hinc cedit occupanti, *L.* 7. §. 3. *ff. de A. R. D.* Si ex agro meo fit insula per flumen supra in schemate B. in loco c. divergens, & infra in d. unitum: agro non fit accessio, sed quia substantia eadem manet, hinc & prioris domini manet, *L.* 7. §. 4. *L.* 30. §. 2. *ff. eod.*

## §. CCCLVIII.

Tertia & quarta accessionis naturalis species sunt *alluvio & vis fluminis*. *Alluvio* est incrementum beneficio fluminis pedetentim & latenter adjectum §. 20. *Inst. h. t. Vis fluminis* est incrementum semel & simul adjectum, §. 4. *Inst. h. t.* Priore casu, ubi paullatim agro meo aliquid terræ a flumine adjicitur, scire nemo potest, cujus agro aliquid detractum, & nostro adjectum sit. Ergo & istud incrementum a nemine potest vindicari, hinc tamquam accessorium cedit agro, cui accedit, §. 20. *Inst. h. t. L.* 7. §. 1. *de A. R. D.* Contra ubi flumen semel, & simul partem agri vicini avellit, eamque meo prædio adjicit, ibi scit prior dominus hanc terram esse suam, & hinc eam vindicare potest. Ergo non fio hujus incrementi dominus, nisi per præscriptionem, si sc. prior dominus agrum non vindicet, & interea arbores in fundo radices agant, *L.* 7. §. 2. *ff. de A. R. D.* §. 21. *Inst. h. t.* Sed prior tamen decisio de alluvione tantum ad agros arcifinios pertinet, non ad limitatos. Quod enim his paullatim accedit, fit publicum. *L.* 16. *ff. de A. R. D. L.* 1. §. 6. *ff. de flum.* Ergo omnino hic explicandum, quid sint agri arcifinii? Veteres Romani agros dividebant in *arcifinios*, *limitatos & adsignatos*. *Arcifinii* sunt, qui non alios habent fines, quam naturales, veluti montes, flumina &c.: *limitati*, qui

qui ad certam mensuram possidentur: *adsignati*, qui per extremitatem mensuræ comprehenduntur, (Fig. 20, 21. & 22. Tab. II.) Tradunt hoc discrimen scriptores veteres Aggenus Urbicus & Julius Frontinus, item Flaccus Siculus, qui de finibus scripserunt. Sed quum illi paullo obscurius loquantur, nec ipse *Grotius de J. B. & P. L. II. C. III.* §. 16. *n.* 1. rem satis intellexerit, multo dilucidius eam exposuit vir incomparabilis Joh. Fr. Gronovius *in not. ad Grot. l. c.* Jam ergo si agro A flumen partem a paullatim per alluvionem adjecerit, ea pars erit domini agri A, quia ager hic est arcifinius. Sin agro B accesserit per alluvionem pars b, illa non cedet domino Agri B, sed erit publica, quia ager B est limitatus, i. e. ad certam mensuram datus.

## §. CCCLIX.

Ultima species accessionis naturalis est *alvei mutatio*, §. 356. quæ fit, quando flumen novum iter suscipit, & prorem alveum siccum destituit. Tunc enim quæritur, quis alveum siccum & derelictum capiat? Resp. JCti alveum hunc iterum considerant tamquam accessorium terrarum proximarum. Ergo illum inter se dividunt possessores agrorum proximorum pro eorum modo *L.* 7. §. 5. *ff. de A. R. D.* Rem illustrabit Fig. 25. Tab. II.

Fingamus flumen antea lapsum esse per alveum A punctis notatum, postea mutasse cursum & per novum alveum B ruere, cujus erit alveus siccus A? Resp. Eum inter se partientur omnes, qui vicinos agros possident, quales hic sunt c. d. e. f. g. h. i. k. l. m. n. o. Neque tamen æqualiter fiet divisio, sed duplo majorem partem capient possessores l. m. n. o. quia duplo majores agros possident, quam reliqui. Aliud dicendum, si flumen meum agrum ad tempus inundaverit. Quum enim ea inundatio speciem fundi non mutet, neque dominum mutabit, adeoque recedente aqua ager est

meus æque ac antea, *L.* 7. §. 6. *ff. de A. R. D.* Aliud, si perpetua sit inundatio, & post longissimum tempus novi aggeres fiant: tunc enim procul dubio prioris domini jus propter derelictionem exspirabit, §. 392.

§. CCCLX.

Sed an omnia, quæ hactenus dicta, etiamnum usum habent? Id sane plerisque locis negandum. (1) Insulæ maris aut in vasto oceano, in quem sibi nemo imperium aliquod vindicat, nascuntur, aut in mari, in quod respublica exercet hujusmodi *θαλασσοκρατίαν*. Priore casu & hodie nova insula cedet occupantibus, æque ac insulæ incultæ & colonis vacuæ; unde recte Batavi sibi vindicarunt insulam S. Helenæ, quam incultam repererant. Posteriore casu nova insula tamquam accessorium cedet ei, cujus est principale, puta, mare. (2) Insulæ in flumine hodie non cedunt privatis, qui agros ad utramque ripam possident, sed principi vel reipublicæ, cujus est flumen, §. 328. Potest tamen decisio, quam §. 357. dedimus, etiamnum usum habere, si insula in flumine limitaneo nascatur. E. g. Albis est limes alicubi inter terras Luneburgicas & Brandeburgicas. Si itaque in Albis medio nascatur nova insula, illa erit communis. Sin illa sit alterutri ripæ propior, vel Regi Prussiæ vel Electori Luneburgico tota cedet. In Gheldria receptum, ut novæ insulæ a privatis possint occupari, sed non sint communes iis, qui utrimque prædia possident. Qui ergo prior per flumen curru vectus in insulam illam enititur, ei insula cedit. Vid. *Vinn. ad* §. 22. *Inst. h. t.* (3) Alveus hodie plerumque privatis cedit, modo inter flumen & agrum non intercedat via publica. (4) Alveus derelictus raro cedit privatis, sed manet principum, adeo ut vassalli in Germania investiri soleant alveis derelictis, veluti in Marchia Brandeburgica alveo Albis (*mit der alten Elbe*).

§. CCCLXI.

§. CCCLXI. — CCCLXVII.

Hactenus de accessionibus naturalibus. Sequuntur *industriales*, (§. 354.) cujus tres potissimum sunt species, *adjunctio*, *specificatio*, *commixtio*. I. *Adjunctio* est, quando aliena res materiæ nostræ adjungitur, sive id fiat (1) *per inclusionem*, veluti si aliena gemma includatur annulo meo: sive (2) *per adferruminationem*, veluti si alienus capulus adferruminatur gladio meo: sive (3) *per intexturam*, e. g. si aliena fila aurea panno meo intexantur: sive (4) *per inædificationem*, e. g. si in alieno solo ædificem materia mea, vel aliena materia in solo meo; sive (5) *per scripturam*, si quis scribat in aliena charta: sive (6) *per picturam*, si quis pingat in aliena tabula.

Regula de his omnibus una est, *accessorium sequitur suum principale;* principale autem est, ob quod alterum est, §. 354. Ergo ex eo sequitur, (1) ut res per adferruminationem, intexturam & reliquis modis adjunctæ nostræ materiæ, nostræ fiant. Exempla habemus in *L.* 29. §. 13. *ff. de aur. arg. L.* 27. *pr. ff. de A. R. D.* §. 26. 27. *Inst. h. t.* Unum casum excepit Justinianus, nempe picturam. Quum enim veteres existimarent eam cedere tabulæ, *l.* 23. §. 3. *ff. de rei vind.*, ipse primus ob artis pictoriæ dignitatem ac præstantiam censuit, tabulam picturæ cedere debere, §. 34. *Inst. h. t.* In reliquis omnibus valet regula ante data. (2) Ut, quod rei nostræ adjunctum est, non possit vindicari. Quomodo enim vindicarem e. g. gemmam Titii annulo inclusam, quam in illa gemma Titius consequutus sit dominium? Quia tamen iniquum est, alterum cum alterius damno fieri locupletiorem, hinc aliæ actiones proditæ sunt, quibus consequamur indemnitatem, si quando res nostra alienæ materiæ adjuncta sit. Si enim dominus materiæ in bona fide sit, agere possum ad exhibendum, *L.* 23. §. 5. *ff. de rei vind.*, vel condictione sine caussa, §. 26. *Inst. h. t.*, vel actione in factum *d. L.* 23. §. 5. *de R. V.* Sin in mala fide, habeo actionem furti & condictionem

fur-

furtivam, §. 26. *Inst. h. t. In ædificatione* quædam sunt singularia. Nam quia interest reipublicæ urbem ruinis haud deformari, hinc Legg. XII. Tab. cautum fuerat, ut si quis aliena materia in solo suo ædificasset, materia non vindicaretur, ne ædes dissolverentur, sed adversus possessorem daretur actio de tigno juncto in duplum. Sin duplum quis nondum esset consequutus, diruto ædificio materiam quisque vindicare, vel ad exhibendum agere posset, §. 29. *Inst. h. t.* Quid vero, si quis sua materia in alieno fundo ædificarit? Tunc aut possidet, aut non possidet ædificium sua materia exstructum? Si possidet, tunc aut bonæ, aut malæ fidei possessor est. Si bonæ fidei, habet jus retentionis, i. e. ædificium non prius domino soli tradit, quam pretio materiæ soluto, adeoque agentem eatenus repellet exceptione doli mali; sin mala fide possidet, nihil pro materia sua recipit, & dominium ejus amittit in pœnam doli, qui in eo est, qui mala fide & sciens prudensque alieno solo inædificavit, §. 30. *Inst. h. t. L.* 7. §. 12. *ff. de A. R. D.* Quid vero, si non possidet ædificium sua materia in alieno solo exstructum? Tunc ei nulla prodita est actio in toto jure Romano, ceu recte vidit Huberus *in Prel. Inst.* §. 40. *h. t.* Sed tamen quum iniquissimum & hoc casu maneat, quemquam cum alterius damno fieri locupletiorem, merito in foris nostris ædificanti b. f. dabitur actio in factum ad pretium materiæ consequendum. Hub. *ibid.*

## §. CCCLXVIII. CCCLXIX.

Altera species industrialis accessionis est *specificatio*, §. 361., quæ est quum quis ex aliena materia novam speciem facit, e. g. ex alieno auro annulum, ex alieno argento poculum, ex alieno panno vestem. Sciendum autem, aliquid novi accedere debere, si specificatio accedere debeat. E. g. annulus antea non aderat, nec poculum, nec vestis, ergo nova plane forma inducitur in has ma-

materias. Si ergo forma jam adsit, non est specificatio. E. g. si quis ex alienis spicis frumentum excutiat, non est specificatio, quia grana jam semper infuerunt frumento. Observat hoc *Cajus L. 7. ff. de adqu. r. d.* quamvis Justinianus §. 25. *Inst. h. t.* & ita specificationem fieri existimarit. Hic ergo maxima nascebatur controversia, utrum nova species sit specificantis, an isti cedat, cujus est materia? Nimirum fit hic accessio formæ ad materiam, & hinc disputabant veteres JCti, utrum materia sit mobilior forma, an forma materia præstantior? Materiæ ideo plus tribuebant Sabiniani, quia sine ea forma subsistere non possit. Contra Proculejani præferebant formam, quia illa, uti philosophi loquuntur, dat esse rei. Itaque Sabiniani dominio materiæ, Proculejani specificanti speciem adjudicabant, *L. 7. §. 7. ff. de R. D. A.*, quam legem egregie more suo explicat *Merill. Obs. L. I. C.* 21. Enimvero liti finem imposuit Justinianus, qui distinguit utrum species ad priorem formam reduci possit, nec ne. Si reduci potest ad priorem formam, speciem esse voluit domini materiæ: si non potest, specificanti adjudicavit speciem. E. g. si ex auro meo annulus factus, ego fio hujus annuli dominus, quia annulus conflari & ad priorem massam rudem reduci potest. Contra si ex mea lana factus sit pannus, pannifex erit dominus speciei novæ, quia pannus in lanam iterum solvi nequit. Iterum quoniam aliquem cum alterius damno locupletiorem fieri iniquum est, hinc habent inter se dominus materiæ & specificans actionem vel ad præstandam materiæ æstimationem, si specificans speciem retinet, vel ad præstandam mercedem operæ, si dominus materiæ adquirit, *L. 23. §. 5. ff. de R. V.*

## §. CCCLXX. CCCLXXI.

Tertia species accessionis industrialis est *commixtio*, §. 361. Miscentur autem vel res aridæ, vel liquidæ. Priores post commixtionem substantiam suam integram retinent, e. g. si avena miscetur tri-

critico: posteriores autem per παραχώρησιν quamdam ita mutant substantiam, ut plane nova fieri videatur, e. g. si vinum misceatur mulso. Prior proprie vocatur *commixtio*, posterior *confusio*. Jam si hujusmodi commixtio vel confusio fit, ea fit vel utriusque voluntate, vel unius, vel casu (1). Si utriusque voluntate fiat sive commixtio sive confusio, massa fit communis, & hinc illam inter se partiuntur secundum quantitatem & proportionem, imo & qualitatem materiæ. E. g. si unius amphora vini Rhenani sit 40. florenorum, alterius amphora vini Galliciani 20. florenorum, nullum est dubium, quin duplo plus ex massa capere debeat prior, quam posterior, *L.* 7. §. 8. *ff. de A. R. D.* (3) Si commixtio vel confusio facta unius voluntate, tunc ex commixtis quisque potest suam vindicare materiam, quia tunc substantiam haud mutat, *L.* 5. *pr. ff. de R. V.* Contra, materia confusa fit confundentis, quia substantia mutatur, & hinc confundens alteri tenetur ad præstandam materiæ suæ æstimationem, *L.* 5. §. 1. *ff. eod.* Imperator casum priorem §. 28. *Inst. h. t.* lepida oratione munit: *Sed nec magis, inquit, istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii pecoribus tuis mixta fuerint*, quasi vero æque facile sit, mixta frumenta separare, quam boves & capros, si inter se mixti sint. Interim tam subtiliter hic casus in jure nostro decisus est. (3) Si casu fortuito facta confusio, massa iterum fit communis, *L.* 7. §. 9. *ff. de A. R. D.*, §. 27. *Inst. h. t.* Sin commixtio casu facta, singuli suam materiam vindicant, §. 28. *Inst. h. t.* Quod sane iniquissimum. Nam si e. g. Titius casu miscuerit vinum meum, & oleum suum vel cerevisiam suam, an mihi satisfactum crederem, si mihi pro vino meo dimidiam massam istius mixturæ offerret? Sed ita jura volunt.

## §. CCCLXXII.

Reliqua est tertia accessionis species, puta mix-

*mixta*, §. 341. i. e. quæ partim naturæ beneficio, partim industriæ humanæ debetur, quales sunt *plantatio, satio, fructuum perceptio*. Nam de his quæri potest, (1) si alienum agrum meo frumento conseverim, quis messem capiat? (2) Si arbor in confinio agrorum vel in solo alterius a me posita sit, cujus sit arbor, vel fructus? (3) Si bona fide & justo titulo fundum alienum possideam, cujus sint fructus inde percepti? De singulis videbimus.

## §. CCCLXXIII. CCCLXXIV. CCCLXXV.

De satione & plantatione una est regula, *quidquid solo implantatur, vel inseritur, solo cedit, L. 9. pr. ff. de A. R. D.* §. 32. *Inst. h. t.* Solum enim consideratur tamquam principale; quod ei inseritur vel implantatur, tamquam accessorium. Accessorium autem sequitur suum principale, §. 354. Ergo & messis & arbor vel planta cedit solo. De arboribus in confinio positis itidem una regula est, *arboris dominium in jure Romano ex radice æstimatur*, §. 36. *Inst. h. t.* Satis subtiliter enim Romani JCti philosophantur: omne nutrimentum & succum veluti vitalem arbores & plantæ per radices attrahunt. Ergo ex solo, ubi se porrigunt, radices aluntur. Ex cujus solo arbor nutritur, is procul dubio dominus arboris est. Ergo & fructus arboris omnes capit. Ita Romani. Sed originis Germanicæ gentes tam subtiliter non ratiocinantur. Non est civile arborum radices fodiendo denudare, ut adpareat ex cujus solo succum attrahant. Illi respiciunt ad ea, quæ in oculos incurrunt, puta, ad stipitem & ramos. Hinc ex ramis in fundum nostrum propendentibus nos fructus capimus, ex reliquis vicinus. Videbimus interim, quæ ex his duobus axiomatibus conclusiones fluant. (1) Ergo frumenta sive aliena in meo, sive mea in alieno solo sparsa fiunt domini agri; sed ita tamen ut, quod æquitas jubet, præstet dominus & impensas in culturam, semen-

que

que factas, restituat, *L.* 9. *pr. ff. de A. R. D.* §. 32. *Inst. h. t.* (2) Ergo planta aliena in nostro solo posita est nostra, sed tamen non prius quam radices egerit, *L.* 7. §. *ult. ff. de A. R. D.* Ratio in promptu est. Antequam enim radices in solo nostro agat, facile potest & sine omni damno evelli, & in aliud solum transferri, adeoque nulla ratio fuit, cur statim domino soli cedat. Ceterum & hic plantanti merito restituendum est pretium plantæ vel arboris, nec non impensæ, si quas fecerit, ne quis cum alterius damno fiat locupletior. Et hinc locum habet actio negotiorum gestorum utilis. Ex altero axiomate fluunt conclusiones: (1) arborem in confinio positam, esse communem; & hinc fructus etiam partitur uterque vicinus. At potest aliquid commune esse dupliciter, vel *pro indiviso*, ut quisque sit dominus in solidum, quamvis fructus dividantur; vel *pro diviso*, ut pars substantiæ ad unum, pars ad alterum pertineat; si e. g. prædium commune condomini muris, parietibus, sepibus diviserint. Quæ itaque communio est hujusmodi arboris in confinio positæ? Quamdiu in solo est, communis est *pro indiviso*: nemo dicere potest, hi rami arboris mei, hi vicini sunt; hæc pars stipitis ad me, hæc ad vicinum pertinet; fructus tantum inter se dividunt, *L.* 7. §. *ult. ff. L.* 8. *ff. de A. R. D.* At simul ac arbor eruta est, statim fit communis *pro diviso*, & hinc ligna inde cæsa inter vivos æquis partibus dividenda sunt, *L.* 19. *ff. comm. div.*

## §. CCCLXXVI. CCCLXXVII. CCCLXXVIII.

**Quod ad fructuum perceptionem tamquam tertiam speciem accessionis mixtæ adtinet, primo ponendum est quid requiratur, si quis fructus ex aliena re suos facere velit. Primo ergo requirunt jura *bonam fidem*, quæ est conscientia bona, vel opinio, qua quis sibi conscius esse videtur, nec aliter existimat, se esse verum rei dominum, *L.***

109.

seq. *ff. de V. S.* Imo hæc b. f. tam putatur necessaria, ut eam etiam dubitatio vitiare videatur. Imo & perpetuam seu continuam esse oportet bonam fidem, quum alioquin in usucapione sufficit si quis initio in bona fide fuerit, *L.* 48. §. 1. *de A. R. D.* At in bonæ fidei possessore qui vult fructus lucrari, ei bonam fidem continuam adesse oportet, *L.* 23. §. 1. *ff. de A. R. D.* Simulac enim scit se non esse dominum, & tamen fructus rei alienæ sibi vindicat, non amplius est b. f. possessor, adeoque nec fructum accipit. Deinde & *justus titulus*, ut diximus, requiritur, & quidem ad transferendum dominium habilis; quales titulos supra §. 339. * descripsimus. Nam. e. g. si alicui commodassem equam, absurdum esset si pullum sibi vindicare vellet eo titulo, quod b. f. & juste possideat. Possidet quidem b. f. & titulo justo, sed non ad transferendum dominium habili. Non enim ideo res nostras commodamus, ut commodatarius fiat dominus. Denique requiritur *possessio.* Possidere autem hic non in sensu grammatico, sed juridico accipitur. *Grammatice possidere* est rem detinere vel ei insistere, & hinc eo sensu conductor etiam rem conductam possidet. At in sensu *juridico possidere* est rem detinere animo sibi habendi tamquam domino; adeoque ad possessionem & (a) detentio corporalis & (b) animus s. consilium dominium rei habendi, requiritur. Jam ergo dum hic loquimur de possessione, non intelligimus vocabulum in sensu grammatico, quam possessionem vocamus *naturalem*: sed in sensu juridico, & talis possessio vocatur *civilis.* Quod si ergo hæc requisita concurrunt, tunc valet regula: bonæ fidei possessor, quamdiu verus dominus non supervenit, pro domino habetur, *L.* 48. *pr. ff. de A. R. D.* Ex qua regula variæ fluunt conclusiones. Nam quia b. f. possessor pro domino habetur, consequens est, 1) ut omnes fructus perceptos suos faciat. Dicuntur autem fructus percepti, simul ac separati sunt, e. g. si fruges a fundo separatæ, si poma arboribus excussa;

cussa: antequam id factum, non dicuntur percepti fructus, etiamsi maturi sint. 2) Ut in b. f. possessore nihil intersit sive fructus sint industriales, sive naturales. Percipit enim illos tamquam qui pro domino habetur. Objicitur quidem §. 35. *Inst. h. t.* ubi dicitur, b. f. possessorem fructus perceptos suos facere *pro cultura & cura*; inde colligunt, non percipere illum fructus naturales, sed industriales tantum, quia hi soli curam & culturam requirunt. Sed de cultura id quidem concedimus, at curam etiam fructus naturales desiderant. E. g. fœnum natura provenit, & tamen nisi curam ejus agat paterfamilias, facile fœni jacturam faciet. Et hinc oleum etiam & fœnum percipit b. f. possessor, *L.* 13. *ff. quibus modis usufr. amitt.*, quum tamen oleum sine cultura provenire tradat Plin. *h. n. l.* 15. *c.* 1., & de fœno id ipsum docet experientia. 3) Ut male fidei possessor nihil lucretur, adeoque fructus percipiendos & perceptos restituat supervenienti domino. Cur enim ejusmodi prædo aliquid lucretur ex re aliena, quam invito domino possedit, & alienam esse probe scivit? Non sane jura adsistunt dolo. Denique regulæ nostræ non sine ratione adjecimus limitationem, b. f. possessorem quidem pro domino esse, sed quamdiu non supervenerit verus dominus. Ex quo nova sequitur conclusio, 4) dum fructus existentes restituere debere, *L.* 22. *C. de R. V.* Extare autem dicuntur fructus, qui nondum percepti & separati sunt, veluti seges in agro, poma in arboribus, pensiones, quarum dies nondum venit, ut exigi possint.

## §. CCCLXXIX. — CCCLXXXIV.

Egimus hactenus de modis adquirendi dominium originariis, veluti occupatione & accessione: sequitur derivativus, qui vocatur *traditio*, §. 341. Quemadmodum ergo diximus, derivativum esse adquirendi modum, ubi dominium ab uno ad alterum transfertur; ita clara jam erit traditionis de-

definitio, quod sit *modus adquirendi derivativus, quo dominus, qui jus & animum alienandi habet, rem corporalem ex justa caussa in accipientem transfert.* Inde statim fluunt requisita traditionis vel axiomata sequentia. I. *Tradi possunt res corporales*: eæ enim solæ corporali actu ab uno ad alterum transferri possunt. Res ergo α) incorporales veluti jura non traduntur, sed quasi traduntur. Quasitraditio autem consistit in unius patientia & alterius exercitio. E. g. si alicui quasitradere velim jus venandi sufficit, si ego patiar illum venari, & ipse me sciente actum venandi exerceat, *L.* 1. §. *ult. ff. de S. R. P.* Deinde ex eodem axiomate sequitur β) ut traditio fiat vel *naturaliter*, vel *symbolice*, vel *longa manu*, vel *brevi manu*. *Naturaliter* fit, si actu corporali res in alterum accipientem transfertur, e. g. si rem mobilem e manu in manum do, si in immobilem alterum induco. *Symbolice* traditur, si loco rei alteri tradam signa rei, e. g. claves, instrumenta. Talis etiam est effestucatio in vicina Geldria, de qua pereruditus exstat libellus Friderici a Sande. *Longa manu* tradi res dicitur, si rem in alterius conspectu ponam, hic autem eam non attingat, nisi oculis. *Brevi manu* trado, si verbis declaro, me rem traditam velle, cum tamen ipse illam jam possideat, e. g. si alicui commodarim librum illumque illi postea vendam & dicam, posse commodatarium illum retinere; tunc enim perinde est ac si tradidissem. II. Axioma est, *tradi res debet a domino.* Quum enim quod quis non habet, alteri dare nequeat, quomodo, quæso, aliquis transferat traditione dominium, quod ipse non habet? Ergo 4) si a non domino aliquid b. f. accipio, fio quidem b. f. possessor, sed non dominus. Si scio illum dominum non esse, fio malæ fidei possessor, non dominus, §. 376. 5) A pupillo quoque dominium in me trausferri nequit sine auctoritate tutoris. Quamvis enim sit dominus, tamen non habetur pro persona perfecta ob ætatem imperfectam, §. 298. Ergo nihil potest age-

agere, ex quo deterior ejus conditio fieri posset, sine auctoritate tutoris, §. 251. Ergo nec dominium traditione transferre potest. Q. E. D. III. Axioma est, *non transfertur dominium nisi adsit animus alienandi.* Domini enim est, rei suæ legem dicere. Si ergo hanc rei suæ legem dicit, ut nonnisi usus vel custodia transferatur, sane alter traditione non fiet dominus; e. g. si rem apud alium deponam, si ei commodem, locem, oppignorem, traditio quidem fit, non tamen depositarius, commodatarius, conductor, creditor fiunt domini. IV. Axioma, *non adquiritur traditione dominium, nisi praecedat titulus ad transferendum dominium habilis*, quales titulos descripsimus §. 189, e. g. donatio, venditio, legatum &c. Imo in emptione, venditione id singulare est, ut quamvis contractus statim per traditionem perfectus sit, non tamen transferatur dominium nisi pretio soluto, præterquam si emptoris fidem sequutus sit venditor, §. 57. *Inst. b. t.*

Sub finem prolixi hujus tituli adhuc quæstio est, an & in personam incertam fieri possit traditio? Casus existit hodie in coronationibus regum & imperatorum, aliisque sollennitatibus publicis. Tunc enim fieri solet jactus missilium, & nummi aurei argenteique spargi solent. Idem olim factitabant Coss. prætores aliique majores magistratus, quamvis postea hæc licentia vel potius prodigalitas & profusio cohibita sit in *L.* 2. *C. de Cons. & non sparg. pecun. lib. XII.* Multoque magis principes hujusmodi liberalitatem exercebant. Suet. *Aug. c.* 98; *Calig. c.* 18. *& Ner. c. XI.* Quum itaque hic pecunia eo animo spargatur, ut eam habeat quisquis adprehenderit, videtur sane traditio fieri in personam incertam. Definivit itaque Justinianus id fieri posse §. 45. *Inst. b. t.* Sed si recte ponamus calculum, non est hæc species traditionis, sed occupationis. Qui enim missilia jactat, ea pro derelictis habet. Res pro derelictis habitæ fiunt nullius. Quæ nullius sunt, cedunt occupanti, §. 342. seqq. Uberius hæc ex-

exposuimus in *Notis nostris ad Vinn.* §. 45. *Inst. h. t.*

## *TIT. II.*

## DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

### §. CCCLXXXV. CCCLXXXVI. CCCLXXXVII.

Redit Justinianus ad rerum divisiones, & jam secundam proponit, cujus jam supra (§. 330.) mentionem fecimus. Res enim sunt vel *corporales*, vel *incorporales*. *Corporales sunt* quæ tangi possunt, *incorporales* quæ tangi non possunt. §. *un. Inst. h. t.* Unde quæritur, quid sibi velint hæ definitiones? Notandum itaque est, plerosque JCtos olim fuisse Stoicos. (§. 18. *) Stoici autem omnes sensus reducere solebant ad tactum. Nihil enim potest vel ullo sensu percipi, nisi fiat contactus organorum sensoriorum. E. g. videre nihil possum, nisi radii luminis tangant oculum, & per illum projiciantur ad retinam; audire nihil possum, nisi aer commotus feriat & tangat tympanum aurium; gustare non possum, nisi particulæ cibi tangant extremitates nervorum & fibrillarum in lingua & palato; denique nec odorem rei percipio, nisi ejus effluvia nervorum extremitates in naso contingant & vellicent. Quum ergo omnes sensiones fiant per contactum, unum quoque statui sensum posse existimabant Stoici, videlicet tactum. Ergo dum dicunt rem corporalem esse, quæ tangi potest, perinde est ac si dicerent rem corporalem esse, quæ in sensus incurrit, vel sensibus percipitur. Ergo res corporales sunt omnes res materiales; incorporales contra omnia, quæ in jure consistunt, e. g. jus venandi, jus dominii, servitutes, obligationes. Hæc enim omnia nullo sensu percipiuntur, quamvis effectus eorum in oculos, aliosque sensus incurrant. Et inde facile de-

deciditur quæstio, an pecunia sit res corporalis? Resp. ipsa materia, i. e. aurum, argentum, aes signatum, quod pecuniam vocamus, procul dubio corporale est: incurrit enim in sensus. At valor vel pretium internum, quod pecuniæ inest, est res incorporalis, neque enim istud videri, audiri, tangi, vel ullo alio sensu percipi, sed animo tantum intelligi potest.

§. CCCLXXXVIII.

Vidimus quæ res sint corporales & incorporales: jam de earum natura & indole quæritur, i. e. investigandum jam porro, quid justum sic circa res incorporales, & quid præ corporalibus habeant præcipui. Ex ipsa definitione fluit, 1) res incorporales non possideri. Rem enim possidere est eam detinere, ei incumbere, eam custodia coercere. Hæc omnia non cadunt in res incorporales. Quia tamen & res incorporales vel jura nostra sunt, hinc dicuntur quasi possideri, quamdiu illa exercemus, iisque utimur, vel potentia pollemus illa exercendi. 2) Res incorporales non tradi, sed quasi tradi. Rem jam explicavimus ad §. 351. 3) Res incorporales non esse in dominio. Nam dominium supra §. 355. definitum est, quod sit jus in re corporali. Ergo dicere non possumus, jus pignoris est in dominio meo, servitus est in dominio, obligatio hæc est in dominio meo. Attamen quia & jura & obligationes nos reddunt locupletiores, nec pretio suo destituuntur, hinc ea dicuntur in bonis esse; qua de re elegans locus exstat *L.* 49. *ff. de V. S.*

§. CCCLXXXIX. CCCXC.

Res corporales iterum subdividuntur in *mobiles*, & *immobiles*. 1) *Mobiles* dicuntur vel quæ se ipsæ virtute interna movent, e. g. servi, animalia; quæ & *se moventes* adpellantur: vel quæ salvæ de loco in locum transferri possunt, e. g. vehicula, supellex, libri. 2) *Immobiles* vocantur vel (a) quæ physicæ salvæ moveri nequeunt, e. g. agri, fundi, prædia, ædes: vel (b) immobilium partem constituunt, e. g. ea quæ ædium partes sunt inse-

separabiles, fenestræ, janua; quæ in jure nostro vocantur fixa, vincta, & opponuntur ratis, cæsis. *L.* 17. §. 6. *L.* 6. §. 2. *de act. empt. vendit*: (c) quæ in perpetuum usum rei immobilis sunt destinata, veluti torcularia, dolia vinaria majora, & hujus gen. alia.

## *TIT. III.*

## DE SERVITUTIBUS PRÆDIORUM.

### §. CCCXCI.

Vidimus de rebus corporalibus & incorporalibus; sequitur doctrina de servitutibus. Per servitutem hic non intelligimus illam, de qua lib. I. egimus, quando persona personæ servit, eique obnoxia est: sed quando res servit. Quum ergo illa servitus sit jus, & jura pertineant ad res incorporales, non mirum est tractatum de rebus incorporalibus in genere sequi *materiam* de servitutibus.

### §. CCCXCII.

Est vero *servitus* jus in re aliena constitutum, quo dominus in re sua aliquid pati vel non facere tenetur in alterius utilitatem. Dicimus, 1) servitutem esse *jus*, ratione nimirum ejus, qui servitutem habet; nam ratione servientis est obligatio vel onus. 2) Observamus, servitutem esse *jus in re*: Nam supra §. 334. servitutem retulimus ad 4. species juris in re. Et sane si mihi jus in ædibus vicini constitutum est, non persona vicini mihi obligata est, sed res ipsa, nempe ædes mihi devinctæ sunt. Dicimus porro, 3) servitutem esse *jus in re aliena*, nunquam enim res propria domino servit. Hinc e. g. si possum aquam ex vicini puteo haurire, est servitus: simulac vero prædium vicini, in quo puteus est, adquiro, servitus esse desinit; quia jam puteus non amplius est res aliena, sed mea. Ergo & aquam non amplius haurio jure servitutis, sed jure dominii.

Interest etiam, an in re aliena jus habeam perpetuum, an tantum aliquamdiu ejus usus mihi concessus sit. Priore casu est servitus, posteriore non est. Sic e. g. si prædium conduxi, uti etiam possum puteo & inde aquam haurire, nec tamen ideo servitutem habeo. Addimus, 4) *quo dominus aliquid pati vel non facere tenetur in alterius utilitatem.* In eo consistit essentia servitutis. Ea posita est in *patiendo*, vel *non faciendo*. E. g. si vicini ex puteo mihi aquam haurire jus est, vicinus aliquid pati tenetur, ad quod alioquin non esset obstrictus. Si vero a vicino impetro, ne ædes suas altius tollat, aliquid non facere tenetur quod alias tamquam dominns facere posset. Semper ergo serviens aliquid vel pati, vel non facere cogitur. Quæritur an servitus etiam in faciendo consistere possit? Negatur in *L.* 6. §. 2. *ff. si serv. vind.* ubi Ulpianus, *non posse servitutem ita imponi, ut quis facere aliquid cogeretur.* Et sane si quis e. g. vicino promitteret se ædes ejus refecturum, non esset hæc servitus, sed obligatio personalis, adeoque non jus in re, sed ad rem. Ceterum ex hac definitione jam facile patet, quotuplex sit servitus? *Res servit vel personæ, vel rei.* Si personæ servit res; ea dicitur *personalis servitus*: sin res servit rei, vel prædium prædio, vocatur *servitus realis* vel *prædialis*. Si e. g. maritus moriens in prædiis suis uxori constituit usumfructum, prædia ejus servient personæ uxoris, adeoque ususfructus & servitus personalis. Contra si vicini paries meum tignum excipere debet, ea servitus est realis, quia prædium servit prædio. Personalium sunt quatuor, ususfructus, usus, habitatio, operæ servorum, de quibus titulis sequentibus agetur. Differunt etiam hæ servitutes effectu. Quia enim in personalibus res servit personæ, hinc etiam cum persona extinguitur. Contra reales, quia res rei servit, tamdiu durant quamdiu res vel prædia supersunt, quamvis extinctæ sint personæ, quarum in utilitatem servitutes constitutæ sunt.

§. CCCXCIII.

§. CCCXCIII. CCCXCIV.

Hoc titulo *de realibus servitutibus* agitur, quæ & *prædiales* vocantur, quia non in rebus mobilibus, sed immobilibus constituuntur. Quum vero hic semper serviat prædium prædio, alterum prædium quod inde utilitatem capit, dicitur *dominans*, alterum quod onus aliquod fert in alterius utilitatem, *serviens*. E. g. si ex ædibus meis tignum immitto in vicini prædium, meum prædium erit dominans, vicini prædium quod tignum meum ferre tenetur, serviens. A dominante prædio semper servitus nomen accipit. Si enim illud est prædium rusticum, servitus vocabitur *servitus prædii rustici*: sin urbanum, servitus etiam *prædii urbani* adpellabitur. Ergo præcipue quæritur, quæ prædia urbana, quæ rustica dicantur? Cl. Westenbergius putat omnia ædificia esse prædia urbana, omnes fundos prædia rustica, idque probat ex *L.* 198. *ff. de V. S.* Sed in ea ipsa lege dicitur, hortos modo rustica prædia esse, modo urbana, & tamen horti non sunt ædificia, sed fundi. Celeb. Noodt. ex *L.* 3. *ff. de servit.* prædia rustica putat in solo consistere, urbana in superficie. Sed nec id adeo expeditum est. Lex enim illa non loquitur de prædiis, sed de servitutibus, nec dicit rusticas in solo, urbanas in superficie consistere, sed tantum docet, alias servitutes in solo, alias in superficie sitas esse. Rectissime ergo prædia rustica & urbana denominantur ab usu. Diserte in *L.* 198. *ff. de V. S.* legimus *prædia urbana non locus facit, sed materia.* Ergo si prædium destinatum est usibus œconomicis, rei pecuariæ, agriculturæ, *rusticum* censetur sive in urbe, sive ruri situm sit: si autem prædium destinatum habitationi voluptativæ, erit *urbanum* sive ruri situm sit, sive in urbe. Et hinc e. g. ædificium, in quo habitamus, est urbanum quamvis ruri exstructum: contra ædificium, in quo fructus recondimus, veluti horreum, rusticum censebitur, tametsi in media urbe situm sit. Ita & hortus voluptatis caussa cultus est prædium urba-

num: ubi olera, herbæ & fruges, tantum succrescunt, hortus erit prædium rusticum. *L.* 198. *ff. de V. S.*

§. CCCXCV.

Jam ergo his præmissis facile intelligentur axiomata. Primum ita se habet: ***Omnis servitus est in re aliena.*** Quoties enim re mea utor, toties id non facio jure servitutis, sed jure dominii, per ea quæ diximus ad §. 392. Secundum axioma: ***Nulla servitus in faciendo, sed in patiendo vel non faciendo consistit.*** Nam alias dominus in re sua potest facere quod lubet, neque tenetur cuiquam aliquod jus in re sua concedere. Si ergo cogitur aliquid non facere, vel pati in re sua, toties res ejus servit. Quoties teneatur aliquid pati, toties servitus est *affirmativa*, e. g. servitus tigni immittendi, luminum, oneris &c.: si vero aliquid cogitur non facere, servitus erit *negativa*, e. g. ne luminibus officiatur, ne altius tollat &c. Tertium axioma: *Omnes servitutes sunt individuæ.* Sunt enim jus: jus dividi nequit. Ita nemini concedi potest dimidium jus viæ, itineris, &c. Quartum axioma: *Servitutis caussa debet esse perpetua.* Ratio est, quia servitutes in eum finem concessæ sunt, ut vicinus iis uti possit quotiescumque libet. Atqui si caussa non est perpetua, vicinus ea pro lubitu uti nequit. Ergo non erit servitus. Hinc e. g. concedere alicui possum aquæ haustum ex puteo vel fonte, quia ibi perpetua & perennis aqua est: non autem ex cisterna, ubi exarescere & deficere solet aqua, si aliquamdiu pluvia non ceciderit. Elegans exemplum est in *L.* 28. *ff. de serv. præd. urb.* ubi quæritur, si vicino concedam, ut apertum habeat foramen in imo pariete pavimenti proluendi caussa, an hæc sit servitus? & respondetur, non esse servitutem, nisi eo aliquid pluviæ aquæ perveniat, quia alias caussa non sit perpetua.

§. CCCXCVI.

Hinc facile possumus intelligere, quo pacto servitus constituatur? Resp. Distinguendum est inter

ter jus ad rem, & jus in re. Jus ad rem adquirere possum 1) per pactum vel stipulationem, si quis mihi promittat se mihi servitutem in re sua concessurum. 2) Per ultimam voluntatem, si quis testamento vel codicillis mihi leget jus aquæ haustus, luminum, viæ, &c. 3) Per præscriptionem, si decem annis inter præsentes, viginti inter absentes jure aliquo in re aliena usus sim. Sed primo casu nonnisi jus ad rem habeo. Persona promittentis vel heredis mihi obstricta est, non ipsa res; hinc & meram actionem personalem habeo, non realem. Si autem quæram, quo pacto adquiram jus in re? Respondemus, per subsequentem quasi traditionem. Dico, *quasi traditionem*, quia enim servitus est jus, adeoque res incorporalis, hinc proprie tradi nequit, sed *quasitradi*. Illa quasi traditio autem fit per usum unius, & alterius patientiam. E. g. si mihi concessus est aquæ haustus in fundo vicini, & ego tibi aquam haurio; vicinus autem id fieri patitur: tunc servitus quasi tradita mihi intelligitur. Et ex eo tempore habeo jus in re, adeoque actionem realem adversus quemcumque possessorem. Exceptio tamen est in servitute per ultimam voluntatem constituta. Hoc enim casu jus in re adquiro etiam sine traditione, simul ac testator obiit, (§. 329 **). Et hinc servitus legata mortuo testatore statim peti potest actione reali, §. 80. *ff. de legat.* *L.* 64. *ff. de furt.*

§. CCCXCVII.

Nec minus jam clarum est, quis teneatur ad refectionem, si servitutem in re aliena habeam. E. g. habeo jus aquæductus per fundum vicini; canales jam rupti sunt & reficiendi; an ergo illa refectio meis, an vicini sumptibus fieri debet? Resp. Dominans semper tenetur ad refectionem, *L.* 13. §. 1. *ff. de servit.* Ratio ex axiomate nostro 2. §. 395. fluit. Servitus enim non potest in faciendo consistere; sed vel in non faciendo, vel in patiendo. Atqui si serviens reficeret, aliquid faceret, ergo non serviret. Ergo reficere tenetur dominans.

§. CCCXCVIII.

Denique ex tertio axiomate, quod servitus sit individua, facile solvitur quæstio, an pro parte constitui possit servitus? Negatur, quia jus tamquam res incorporalis non potest admittere divisionem. Quis, quæso, alicui constitueret dimidium jus pignoris, servitutis viæ, itineris, aquæ haustus? Sane ne intelligi quidem potest quid hoc sit. Aliud est si quæramus, an usus servitutis divisionem admittat? Id enim adfirmandum. Nam potest usus dividi 1) ratione modi, e. g. concedo tibi viam, sed ita ut nonnisi uno equo nec plaustro onusto ibi vehi possis, *L.* 4. §. *ff. de serv.* 2) Ratione temporum, e. g. concedo tibi jus pascendi, sed nonnisi horis antemeridianis, vel tantum alternis diebus. *L.* 5. §. 1. *ff. h. t.*

§. CCCXCIX. CCCC. CCCCI.

Sufficiant hæc dicta de servitutibus generatim: jam de singulis in specie. Quemadmodum vero eas divisimus in servitutes prædiorum urbanorum & rusticorum, ita prius de *urbanorum prædiorum servitutibus* dispiciemus. Tales sunt:

I. Servitus *oneris ferendi*, quando columna vicini vel paries meum ædificium sustinere cogitur. E. g. in schemate hoc (Fig. 24 Tab. II.) si paries A sit Titii, & ædificium B sit meum, Titii prædium mihi præstat servitutem oneris ferendi. Præcipua hic quæstio est, quis reficere teneatur columnam vel parietem servientem? Vulgo enim doctores respondent, refectionis onus incumbere servienti ob *L.* 6. §. 2. *ff. si serv. vind.* quumque id repugnet iis §. 397., inde servitutem hanc vocare solent *anomalam*, i. e. irregularem. Sed id quidem ex hac lege 6. non liquet. Nec enim ibi quæritur, an ordinarie dominus parietis teneatur ad refectionem, sed an ex pacto teneatur? si promiserit se refecturum. Negabat id Gallus Aquilius, quia hujusmodi pactum repugnat servitutum naturæ. Alii pactum hoc valere adfirmabant, quia dominus parietis sibi imputare debet quod promiserit, & præterea ipsi semper salvum sit jus de-

derelinquendi parietem, si nollet illam reficere. Et id quidem est verissimum. Sed quis, quæso, inde colligeret, servientis prædii domino ordinarie incumbere onus refectionis, etiamsi id se suscepturum non promiserit? Mirandum ergo est, viros etiam doctissimos veluti ex compacto hunc errorem admittere.

## §. CCCCII.

II. *Servitus tigni immittendi* est altera ex urbanis. Ea est jus, quo vicinus pati cogitur, ut meum tignum suo parieti immissum in eo requiescat. Per tignum autem non modo trabs in jure nostro intelligitur, sed omnis materia, qua ædificia constant, veluti lapides, ferrum &c. *L.* 1. §. 1. *ff. de tigno junct. L.* 62. *ff.* de *V. S.* Hinc facile patet quomodo hæc servitus ab antecedente differat. Nam in illa totum ædificium meum in vicini pariete vel columna requiescebat: in hac tignum tantum unum vel alterum in eum immittitur.

## §. CCCCIII.

III. *Servitus projiciendi* est jus, quo vicinus pati cogitur, ut partem ædium mearum ita provehere possim super ipsius aream, ut nusquam in ea requiescat, sed tantum illi immineat. Partes hujusmodi projectæ in jure nostro vocantur *Mæniana*, vel *suggrundia*, L. 242. §. 1. ff. de V. S. Exemplum habe in schemate (Fig. 25. Tab. II.), ubi A est area Titii vicini, B est ædificium meum, C sunt mœniana, s. suggrundia areæ Titii imminentia, nec requiescentia tamen in ea.

IV. *Servitus protegendi* est jus protectum habendi supra vicini aream. Vocamus autem protectum, tectum ad avertendas pluviarum & imbrium injurias, quæ parieti nocere possunt, comparatum, Germanis *ein Wetterdach*. In subjecto schemate (Fig. 26. Tab. II.) A est area vicini, B meum ædificium, C est protectum.

## §. CCCCIV.

V. Servitus *stillicidii* recipiendi est jus, quo vicinum prædium tenetur recipere stillicidium nostrum.

VI. *Servitus stillicidii non recipiendi*, quando statuta permittunt, ut stillicidium in vicini fundum cadat, sed ego tamen vicinum prohibere possum, quo minus id faciat, e. g. (Fig. 27. Tab. II.) A est area vicini, B tectum, unde stillicidium meum cadit. Si vicinus id pati tenetur, habeo ego servitutem stillicidii recipiendi. Contra si per statutum mihi liceret, ut stillicidium meum B in vicini aream A immittere possim, is tamen me prohibere posset; foret hæc servitus non recipiendi stillicidii. Ergo & facile intelligimus, quæ sit servitus

VII. *Fluminis recipiendi* &

VIII. *non recipiendi.*

Stillicidium enim & flumen differunt, uti minus & majus. Stillicidium est aqua ex tecto stillatim vel guttatim cadens: flumen est aqua ex tecto cadens in canales collecta. In stillicidio aqua casitat, in flumine cum impetu ruit.

## §. CCCCV.

IX. *Servitus altius non tollendi* est jus, quo vicinus in commodum ædium mearum suas altius tollere prohibetur. Hujus præcipue usus est, si habeam (Fig. 28. Tab. II.) fenestras A in superiore contignatione D apertas, eaque obscurarentur, si vicinus altius ædificaret ædes suas C.

X. Omnium difficillima contra est servitus *altius tollendi.* Nam quousque velim ædes meas tollere, est res quæ pertinet ad libertatem meam naturalem. Si vero ex libertate naturali mihi licet ædes tollere, quousque velim: consequens est, quod mihi non opus sit servitutem a vicino impetrare. Hinc Pagenstecherus putat, si mihi jus sit in vicini (Fig. 29. Tab. II.) domo A altius tollen-

lendi, adeoque A sit domus vicini, B domus mea, C contignatio vicini ædibus imposita, eam tunc fore servitutem altius tollendi. Sed procul dubio ea in re errat vir clarissimus. Nam si ergo contignationem imponere possum ædibus vicini: tunc non est servitus altius tollendi, sed servitus oneris, de qua supra egimus. Ergo verosimilis videtur eorum sententia qui fingunt statutum civitatis esse conditum, ne quis invito vicino altius ædificare possit, quam ad certum modum. Si ergo tunc vicinus a vicino istam facultatem ultra modum legitimum ædificandi obtinet, tunc habet servitutem altius tollendi. Et sane hujusmodi statuta olim & Romæ & Constantinopoli fuisse, docuimus in *Ant. Rom. L. II. T. III.* §. 7.

## §. CCCCVI.

XI. Sequitur *servitus luminum*; nec non

XII. *Servitus ne luminibus officiatur.* Hæ duæ servitutes recte ut intelligantur, duo notanda sunt: 1) neminem posse fenestras aperire nisi in suo pariete, 2) posse quidem unumquemque fenestras in suo pariete facere, quot velit, sed & vicino tunc licere eas ædificando obstruere, *L.* 8. §. 5. *ff. si serv. vind. L. ult.* §. *ult. de servit.* Si ergo vicinus a vicino hoc impetrat, ut possit in ejus pariete fenestras habere, ea est servitus luminum: sin in meo pariete habeam fenestras, quæ in vicini aream apertæ sint, isque mihi promisit, se eas non obstructurum esse ædificando, vocatur servitus ne luminibus officiatur.

## §. CCCCVII.

Ab his differunt servitutes XIII. *prospectus*, & XIV. *Ne prospectui officiatur.* Servitus prospectus est, quando mihi licet vel in vicini aream, vel per illam in locum amœnum remotiorem prospicere. Si vero mihi non modo id licet, verum etiam vicinus mihi fidem dedit, se huic prospectui meo non

offecturum, dicitur hæc servitus ne prospectui officiatur. Inter luminum ergo & prospectus servitutem permultum interest. Nam 1) in servitute luminum fenestræ possunt esse clausæ: in prospectu apertæ esse debent. 2) In servitute luminum requiritur contiguitas prædiorum, servitus prospectus constitui etiam potest a vicino remotiore. 3) Servitutem luminum arbores e regione fenestrarum plantatæ non impediunt, at impediunt prospectus servitutem. *Vid. L.* 12. *ff. de serv. urb. præd.*

§. CCCCVIII. CCCCX.

Hactenus de servitutibus prædiorum urbanorum. Sequuntur servitutes *prædiorum rusticorum*, quarum tres præcipuæ sunt, 1) iter, 2) actus, 3) via. Omnes in eo consistunt, quod per alienum fundum possim viam capere, sed differunt usu tamen 1) Si iter habeo, possum ire, ambulare, sed non jumentum agere vel vehiculum. *L.* 1. *pr. de serv. præd. rust.* Si actum habeo, possum ire, ambulare, jumentum agere vel vehiculum, non autem plaustrum ducere. Si viam, possum ibi vehere, i. e. plaustrum ducere. Olim obscuræ visæ sunt definitiones actus & viæ. Inter has enim servitutes nihil superesse discriminis existimarunt, si & actum & viam habenti liceret vehi vel vehiculum agere. Sed primus adcurate v. a. Cornel. van Bynkersh. *Obs. IV.* 7., in definitione actus, per vehiculum intelligi vehiculum, quod manu agitur, vel trusatile: in definitione autem viæ, vehere esse idem ac plaustrum onustum ducere. Deinde differunt hæ servitutes 2) quantitate spatii. Qui viam habet, ei indulgendum est spatium VIII. pedum in porrectum, XVI. in anfractum, & tanta altitudo, ut hasta erecta ferri, i. e. plaustrum onustum sine impedimento duci possit; unde si arbores ibi sint, quarum rami vecturæ impedimento sint, dominantis prædii possessor eos coercere & amputare potest ad justam altitudinem. L. 7. §. 8. ff. eod. Hoc spa-

tium

tium erat viæ. Actus latitudo erat quatuor pedum; idque discimus ex *Varr. de L. L. l.* 4. Itineris quanta amplitudo fuerit, hodie non constat, verosimile tamen est illud duorum vel trium pedum fuisse. Denique 3) & mutua relatione differunt hæ servitutes. Qui viam habet, is & actum habet & iter: qui actum habet, is & iter habet, sed non viam: qui iter habet, neç actum nec viam habet. Ratio est in *L.* 21. *ff. de R. J.*: *Non debet cui plus licet, quod minus est, non licere.*

## §. CCCCXI. CCCCXII.

Reliquæ servitutes rusticorum prædiorum ex ipsis vocabulis intelliguntur. Sic 4) servitus *aquæ haustus* est, quando nobis jus competit aquam ex vicino fonte vel puteo hauriendi. 5) Servitus *aquæductus*, quando nobis jus est aquam ex alterius fundo, vel per alterius fundum ducendi. 6) Servitus *ad aquam adpulsus*, quando nobis jus est pecora nostra adpellendi ad alterius aquam. 7) *Servitus pascendi*, quando jus nobis est pecora nostra in alterius agro vel prato pascendi. Ergo non est jus pascendi, sed *jus compascui* (*Koppelweide*) si duo vel plures ita conveniunt, ut omnes simul pecora in suis communibus campis pascere possint. Jus pascendi enim est servitus, & hinc irrevocabile: jus compascui contra precarium & revocabile. 8) *Jus calcis coquendæ*, quando ex vicini agro lapides coquendæ calcis aptos eximere possum. 9) *Jus arenæ fodiendæ*, si mihi ex ejus fundo arenam fodere licet. 10) *Jus cretæ eximendæ*, si cretam effodere ex alieno fundo possum. Quin infinitus fere esse potest servitutum rusticorum prædiorum numerus, pro diversa indole rei rusticæ, & pro necessitate & indigentia cujusvis patrisfamilias. Id adhuc observandum, in servitutibus rusticorum prædiorum adcurate considerandas esse pactiones, quibus constituuntur. Nam si e. g. aquæ haustum concedo vicini prædio, est servitus prædialis: sin eundem permitto personæ vicini, erit servitus personalis. Priori ca-

su hoc jus perpetuo inhærebit prædio: posteriore exspirabit cum persona æque ac usufructus, usus, habitatio. Et id observari videmus in *L.* 14. §. *ult. ff. de alim. legat.*

§. CCCCXIII.

Superest, ut videamus, quomodo servitutes finiantur? Equidem in se sunt jus non momentaneum, sed perpetuum, uti omnia jura in re, §. 333. Sed per accidens tamen contingere potest, ut finem accipiant. Idque fit 1) *consolidatione*. Est autem consolidatio, quando idem est utriusque prædii, servientis & dominantis, dominus. Tunc sane finitur servitus ob principium, quod §. 392. supra explicavimus, quod res suo domino servire non possit. Extinguitur deinde 2) *remissione*. Quum enim servitus constituatur in prædii dominantis utilitatem §. 392., & unusquisque juri in favorem sui introducto renuntiare possit, consequens est, ut & dominantis prædii possessor recte renuntiet juri ex pactione quæsito, eoque facto cesset servitus. 3) *Non usu* 10. annorum inter præsentes, 20. inter absentes. Id enim in universum de omnibus observandum est juribus, quod præscriptione 10. annorum & adquiri & amitti possunt. Sed & hic aliquid singulare habent servitutes urbanorum prædiorum. In illis enim non sufficit solus non usus, sed alter debet etiam usucepisse libertatem. Hinc si habeam jus tigni immittendi in vicini parietem, & ædes meæ incendio perierint, non sufficit ad amittendam servitutem, me decem annis tignum non immisisse, sed vicinum etiam oportet obstruxisse foramina. Si tunc ego per decem annos adquievi, servitutem amisisse intelligor. *L.* 6. §. 7. *de serv. urb. præd.* 4) Exstinguitur etiam servitus *interitu prædii servientis*. Quia enim est jus in re, §. 392., consequens est, ut re extincta etiam jus, quod in illa re fundatum est, exspiret. Attamen restituto prædio in eam formam, in qua antea fuit, etiam servitus reviviscit, nisi interea præscriptione

ne sublata sit. *L.* 20. §. 2. *ff. de serv. urb. præd.* e. g., prædio, cujus parieti tignum immiseram, flammis absumto, servitus tigni immittendi finita est. At si vicinus prædium reædificet, mihi iterum licebit tignum immittere, nisi interea præscriptio adimpleta sit.

## *TIT. IV.*

## DE USUFRUCTU.

### §. CCCCXIV. CCCCXV. CCCCXVI.

Supra §. 392. diximus omni in servitute rem servire, & quidem, si res serviat personæ, dici has servitutes personales, talesque esse usumfructum, usum, habitationem, operas servorum; sin res serviat rei, servitutem inde emergere realem vel prædialem. Jam de realibus vel prædialibus actum Tit. III.; ergo & de personalibus nunc erit agendum, & quidem de usufructu Tit. IV.: de usu, habitatione & operis servorum Tit. V.

*Ususfructus* in *L.* 1. *ff. h. t.* describitur, quod sit *jus utendi fruendi rebus alienis salva earum substantia.* Sed in hac definitione multa desiderant eruditi. Definiri enim dicunt idem per idem; & si audiamus vocabulum ususfructus, nos æque certos esse ac si audiamus definitionem juris utendi fruendi. Sed res salva est, & definitio sane optima, modo prius vocabula recte intelligamus. Uti & frui differunt apud Latinos: differunt etiam uti & abuti. *Uti* est ex re tantum percipere, quantum exigit necessitas: *frui* autem omnia percipere, quæ ex re proveniunt, sive ad necessitatem pertineant, sive ad utilitatem, sive ad voluptatem. Adparet id ex eleganti loco *Senecæ de vita beata* c. 10. Tu voluptate frueris, ego utor. Sensus est, tu voluptates omnes sectaris, etiam eas quibus ad reficiendas vires non est opus: ego tantum, quantum necesse est, honestam voluptatem quæro. *Uti* autem

& *abu-*

& *abuti* quomodo differant, ostendit *Don. ad Terent. Andr. prol.* quod *uti* sit commodum percipere re salva: *abuti* commodum percipere ita ut res utendo absumatur. E. g. si ædibus alienis utor in habitando, vere utor, quia salva manet ædium substantia: sin in oppugnatione urbis milites ædibus utantur, & eas terris impleant, & in ista mole tormenta locent, iste non usus, sed abusus est. Ita & pecunia aliena debitor utitur, vino alieno abutitur. Jam ergo per partes facile intelligemus definitionem. Ususfructus (1) est *jus*, & quidem jus in re sic servitus, §. 392. (2) *jus utendi fruendi.* Usufructuarius enim re fructuaria omnia percipit, quæ non modo ad necessitatem, sed ad utilitatem & voluptatem pertinent. (3) Utitur fruitur *rebus alienis.* Est enim servitus, & res suo domino servire nequit. Ergo dominus quidem utitur fruitur etiam rebus suis, isque ususfructus *caussalis* vocatur; sed ille non est servitus, neque de eo hic agimus, verum de *usufructu formali*, qui in rebus alienis constituitur. Unde constituto hoc usufructu semper concurrunt duæ personæ: alteri competit rei dominium, unde & *proprietarius* vocatur; alteri ususfructus in ea re, & hinc *usufructuarius* adpellatur. Additur (4) utendum fruendum esse *salva rei substantia.* Alias enim non esset usus, sed abusus, per ea, quæ de differentia horum vocabulorum paullo ante diximus. Immo inutile etiam proprietario foret dominium, si usufructuarius rem ipsam consumere posset.

## §. CCCCXVII.

Ex hac ergo definitione facile patet quos fructus percipiat usufructuarius. Notandum axioma, *usufructuarius omnes fructus suos facit, quos percipit, modo sint ordinarii.* Jam cum fructus sint vel naturales vel industriales, & illi natura proveniant, veluti fœtus animalium, fœnum &c., hi autem adcedente labore & industria patrisfamilias, veluti messis, fructus arborum: quæritur, (1) an usu

usufructuarius utriusque generis fructus adquirat? Omnes sine discrimine, quia ususfructus est jus utendi fruendi: uti frui autem omne genus commodorum complectitur. Objiciunt §. 35. *Inst. de rer. divis.* ubi dicitur, fructus percipi pro cultura & cura, unde colligunt tantum deberi industriales, sed istum scrupulum jam exemimus §. 377. Porro (2) quæri solet, an usufructuarius & thesaurum in fundo repertum suum faciat? Resp. id negandum esse ob *L.* 7. §. 12. *ff. solut. matr.* Nam secundum axioma nostrum usufructuarius capit tantum fructus ordinarios, in his autem non sunt thesauri. Fundos enim & agros non habemus, ut ibi thesauros quæramus, sed ut eos colamus. Quæritur, (3) an usufructuarius prædium, ex quo usufructum capit, possit locare? Resp. Omnino. Quod enim quis habet, & in alterum transferre potest, nec interest proprietarii, ipsene utatur usufructuarius, an ejus nomine alius, modo ipsi salva sit rerum substantia. Vendere ergo etiam potest fructus; sic enim suum vendit: non tamen suum jus cedere, quia cum persona sua exspirat, multo minus rem fructuariam vendere, quippe quæ ad proprietarium pertinet.

## §. CCCCXVIII.

Facile etiam jam intelligimus an, & quatenus usufructuarius de re libere disponere possit? Resp. Secundum definitionem nostram utendum fruendum est *salva rei substantia*: non autem substantia salva manet, si quid in forma rei mutatur. Ergo (1) sequitur, ut ne in meliorem quidem statum redigere possit usufructuarius. *L.* 13. §. *pen. L.* 44. *ff. h. t.* Hinc e. g. ex pratis in prædio fructuario non potest facere agros cultos, ex agris non potest facere piscinas: in ædibus ex taberna non potest facere cubiculum, quantumvis id utile videatur futurum proprietario. Ex eodem vero principio, quod utendum fruendum salva rei substantia, sequitur (2) usufructuarium teneri ad re-

refectionem rei. Sane si quis usumfructum haberet in ædibus, non salva mansura esset ædium substantia, nisi quantocyus reficerentur. Ergo tenetur ad refectionem, *L.* 7. §. 2. 3. *ff. eod.* Sed tamen id intelligendum de refectione modica ob præsentem fructuum necessitatem, ceu in hac ipsa lege dicitur. Hinc si admodum ruinosæ essent ædes, & sine maximis impensis in integrum restitui non possent, istas impensas proprietarius ferret. Porro (3) inde colligimus usufructuarium uti frui debere tamquam bonum patremfamilias. Is autem res utendo non perdit, sed si quid deterius factum, statim restituit. Ergo idem est usufructuarii officium. Hinc si usumfructum gregis habet, in locum demortuorum capitum alia ex fætu submittit: in vinea in locum demortuorum vitium alia plantat. *L.* 38. *Inst. de rer. divis.* Alia exempla de mancipiis, vestimentis aliisque similibus rebus more boni patrisfamilias utendis habes in *L.* 15. §. 1. *ff. h. t.* Denique ex eodem fundamento (4) patet, usufructuarium præstare debere cautionem proprietario. Quum enim huic salva esse debeat rei substantia, §. 416., eam autem salvam fore certus esse non possit nisi præstita cautione: cavere sane debet usufructuarius, & quidem datis fidejussoribus, (1) se usurum fruiturum boni viri arbitratu; (2) se finito usufructu rem salvam restituturum, *L.* 1. *ff. usufr. quemad. cav.* Hæc cautio tam est necessaria, & æqua, ut quidem ab ipso proprietario remitti possit, quia in ejus favorem inventa est, *L.* 7. *fin. ff. de L. falcid.* non autem a testatore, qui aliqui usumfructum relinquit, *L.* 1. *C. de usufr.* Hinc fit, ut si usufructuarius reperire non possit fidejussores, ipse etiam non accipiat rei fructuariæ possessionem, sed res vel heredi vel tertio caventi conceditur, ea tamen lege ut fructus usufructuario tradantur. Gail. *Obs. II.*, 47. Cessat tamen hæc cautio in usufructu a lege constituto, *L. ult.* §. 4. *C. de bon. quæ lib.* Hinc quamvis pater in bonis filii filiæve adventitiis gaudeat usufructu, non tamen ideo filio filiæ-
ve

ve præstat cautionem, quia ipsi hic ususfructus a lege concessus est, & quia iniquum esset filium tam parum fiduciæ in patre collocare.

## §. CCCCXIX.

Quæritur porro in quibusnam rebus ususfructus constitui possit? Id quoque ex definitione patet. Nam quia utendum fruendum est salva rei substantia, §. 416. per se patet, eum constitui tantum posse *in rebus non fungibilibus*. Nimirum JCti dividunt res in *fungibiles*, quæ numero, pondere & mensura constant, i. e. quæ ad numerum, pondus & mensuram emuntur, venduntur, vel in contractum veniunt: & *non fungibiles*, quæ non admittunt æstimationem secundum numerum, mensuram & pondus. Sed cum hæ definitiones paullo sint obscuriores, dabimus operam, ut differentiam rerum fungibilium & non fungibilium magis perspicue ostendamus. Differunt ergo ita. (1) Res fungibiles nullum præstant usum, nisi absumantur, e. g. vinum, panis, frumentum: non fungibilibus uti possumus, ut salvæ sint, e. g. prædium, ager &c. (2) In rebus fungibilibus tantundem est idem; e. g. si tu mihi dederis 100 aureos, & ego tibi reddo totidem aureos, satisfeci tibi, quamvis non eosdem receperis quos dederas: in non fungibilibus tantundem non est idem. Hinc si tibi commodavi librum, & tu mihi alium ejusdem quantitatis & qualitatis reddideris, nondum mihi satisfecisti, sed debes eumdem in specie reddere, quem tibi dedi. (3) Res fungibiles non admittunt pretium affectionis, e. g. unus aureus quamvis a rege mihi datus, non est majoris pretii quam alter, quem a rustico accepi: ast res non fungibiles hujusmodi pretium admittunt. Sic e. g. liber 20. florenorum ideo mihi potest esse pluris, quam 100. florenorum, quia illum dono accepi a principe, a patre, quia est monimentum gratiæ regis. Jam ergo si quæramus quarum rerum usumfructum habere possimus,

simus; respondendum erit, non fungibilium, quia illæ solæ utendo non consumuntur, ususfructus autem est jus utendi fruendi salva rei substantia. Hinc absurdus esset ususfructus vini mei Titio concessus. Si enim vino uteretur Titius, quam utilitatem quæso mihi præstaret proprietas ipsius vini? Nihilominus tamen SCto quodam inventus est *quasi-ususfructus*, qui & in rebus fungibilibus locum habet, modo cautionem præstet quasi-usufructuarius, se finito usufructu tantumdem in eodem genere restituturum. Ergo si habeam quasi-usumfructum vini, possum vinum istud absumere, modo caveam me usufructu vini finito, nempe post mortem, tantumdem vini & ejusdem generis restitutum iri, §. 2. *Inst. h. t.* Posset aliquis existimare, hunc quasi usumfructum plane non differre a mutuo. Quid enim interest, an pecuniam dem mutuam alicui, an ejus quasi usumfructum concedam? Sed. resp. inter mutuum & quasi-usumfructum permultum interest. Nam (1) in mutuo promitti possunt usuræ: non autem tales præstat quasi-usufructarius. (2) In mutuo non exigitur cautio: in quasi usufructu exigitur. (3) Mutuum potest repeti simulac velit creditor, nisi certum tempus constitutum sit: at quasi ususfructus durat ad dies vitæ; est enim servitus personalis, quæ cum persona demum expirat. Quæri hic solet, si vestium ususfructus concedatur, sitne ille verus, an quasi-ususfructus? Sane ipsa jura hic dissentire videntur. In §. 2. *Inst. h. t.* in vestimentis esse dicitur quasi ususfructus: contra in *L.* 15. §. 4. *ff. usufr. quemad. cav.* etiam verus ususfructus in vestibus constitui dicitur. Hic multa corradunt doctores, ut Justinianum Justiniano concilient. Plerique distinguunt, sintne vestis usus quotidiani, an quibus diebus sollemnibus & festis utamur. In illis quasi usumfructum esse dicunt, quia usu consumantur: in his verum usumfructum, quia diutius salvæ maneant. Sed hæc arguta magis, quam vera. Potest utrumque statui. In vestibus verus ususfructus est, si earum usumfructum ita le-

legavit testator, ut tales restituantur, quales sunt finito usufructu. Contra & quasi-ususfructus vestium esse potest, si testator voluerit, ut finito usufructu similes vestes vel earum æstimatio restituatur, eoque nomine cautio præstetur. Animadvertit hoc Dn. Pagenstecherus in *Aphorism. ad Inst. h. t.*

## §. CCCCXX.

Quæritur adhuc, an & onera quædam habeat usufructuarius? Romani semper ita inierunt rationes, æquum esse ut qui commoda percipit, eum & incommoda sequantur. Jam quum paullo ante §. 418. ostensum sit usufructuarium ex re aliena omnes fructus omniaque commoda percipere; nihil æquius est, quam ut & incommoda ferat, quæ rei ejus incumbant. Talia cum sint onera & tributa vel vectigalia, quæ ex re solvenda sunt vel fisco vel ærario, ea merito sustinet usufructuarius, *L.* 7. §. 2. *ff. de usufruct.* Ceterum facile patet, id intelligendum esse de tributis & oneribus rei fructuariæ impositis. Nam si onera sint personalia, veluti census capitis, (*Kopfsteuer*) ea pro proprietario non solvit usufructuarius, sed ipse ad ista solvenda obstrictus est proprietarius.

## §. CCCCXXI.

Vidimus hactenus ipsam naturam & indolem ususfructus; superest, ut doceamus quomodo & constituatur, & finiatur. Prius discimus ex hoc §., posterius ex sequentibus. Constituitur ususfructus vel *a lege*, vel *a judice*, vel *a domino*. (I.) *A lege*, quoties ipsæ leges disponunt, ut in his vel illis rebus usumfructum habeamus. Sic (1) leges jubent, ut patri competat ususfructus in bonis adventitiis liberorum, *L.* 6. *C. de bon. quæ lib.* (2) Leges jubent, ut si conjux ad secunda vota transeat, is in rebus, quas a priore conjuge accepit, tantum usumfructum habeat, *L.* 3. *L.* 5. *C. de secund. nupt.* Multis locis est receptum, (3) ut

ut maritus constante matrimonio usumfructum percipiat rerum paraphernalium uxoris, idque probant ex *L.* 9. §. 3. *ff. de jure dot. L.* 11. *const. de pactis convent.* Sed in priore lege nihil de usufructu paraphernalium dicitur; in posteriore ususfructus addicitur marito, si uxor eum expresse constituerit. Ergo jus nostrum hunc usumfructum legitimum ignorat, isque potius ex consuetudine est, ceu recte observat B. Struckius in *Usu Dig. h. t.* (II.) *A judice* aliquando ususfructus constituitur in tribus judiciis divisoriis, communi dividundo, familiæ erciscundæ & finium regundorum, si aliter separari non possint qui in communione sunt. Sic e. g. si Titio seni & Mævio puero legata sit bibliotheca, potest judex illi usumfructum, huic proprietatem bibliothecæ adjudicare, quod tamen rarius fieri debet. (III.) *A domino.* Hic autem usumfructum alteri constituit vel per ultimam voluntatem, nempe per legatum, vel per pacta s. stipulationes. Si prius, nulla traditione opus est, sed usufructuarius jus in re ex ipso testamento consequitur simulac testator obiit (§. 339. **). Posteriore casu pacta aut stipulationes tantum tribuunt jus ad rem s. actionem personalem adversus promittentem, ut usumfructum promissum præstet, non autem jus in re, sed illud demum nascitur ex subsequente quasitraditione, *L.* 11. *ff. de serv. præd. r.* Porro concessio inter vivos fit aut voluntate domini expressa, nempe per permissionem vel stipulationem, uti dictum: vel voluntate tacita, si quis præsens per X. annos, vel absens per XX. annos alterum passus est re sua uti frui, neque umquam contradixit. Tunc enim usumfructum alter adquirit præscriptione longi temporis, *L. ult. fin. C. de long. temp. præscr.*

## §. CCCCXXII.—CCCCXXIV.

**Altera quæstio, quam reliquam esse diximus, est, quomodo ususfructus semel constitutus finiatur?**

tur? Modi fere omnes, quibus ususfructus desinit, fluunt ex ipsa ejus definitione & natura. Nam (1) cessat usufructus morte usufructuarii naturali, quia est servitus personalis, §. 392. Servitutes personales personæ debentur, adeoque cum persona exspirant. Quæritur, si reipublicæ relictus sit ususfructus, quando exspiret? Respublica est persona moralis, & non mori intelligitur quandiu cives sunt, quamvis non iidem supersint cives. Sed quia in usufructu id agitur, ne proprietas domino plane sit inutilis, inutilis autem futura esset proprietas, nisi aliquando ad proprietarium rediret ususfructus, hinc leges nostræ usumfructum civitati vel reipublicæ relictum centum annis finiri volunt, quippe quod est longissimum vitæ humanæ spatium, *L.* 56. *ff. de usufr.* Cessat ususfructus (2) morte civili, i. e. capitis deminutione maxima & media, qua omnia jura Quiritium tolli solebant, §. 3. *Inst. de usufr.* Minima hodie non perimit usumfructum, quia id jus antiquum sustulit Justinianus, *L. pen. C. h. t.* Et sane cur arrogatione perimeretur ususfructus, quum in ea opus non amplius sit imaginaria venditione? Id autem quæritur, an & civitas vel respublica, cui ususfructus relictus sit, capite possit minui? Et respondemus analogam capitis deminutionem esse inductionem aratri, qualem capta Carthagine visam fuisse observat JCtus, *L.* 21. *ff. quib. mod. usufr. amitt.* Sed alii auctores id ignorant. Solus Zonaras, *Annal. tom.* 2. refert, cautum esse SCto, *ἐπάρατον εἶναι τὸ ἐπ' αὐτὴν κατοικῆσαι τινα, ut esset exsecrabile ibi in posterum quemquam habitare.* Cessat ususfructus (3) *consolidatione*, si ususfructus cum proprietate coalescit. Jam enim proprium nemini servire posse plus simplici vice monuimus. Cessat (4) *interitu rei.* Utendum enim fruendum salva rei substantia. Ergo ea extincta & ususfructus extinguitur, quod adeo verum est ut, si cui ususfructus ædium constitutus est, ædibus flamma absumtis ne in area quidem ususfructus perseveret, *L.* 36. *pr. ff. de usufr.* Attamen si æ-

des

des restituantur in eamdem formam, nullum est dubium, quin & ususfructus reviviscat, *L.* 10. §. 1. *seq. L.* 23. 26. *ff. quib. mod. usufr. amitt.* Finitur porro ususfructus (5) non usu X. annorum inter præsentes, & XX. inter absentes. Non-usu enim tam longi temporis omnia jura expirant: non autem abusus, i. e. si male utatur usufructuarius, sufficit ad perimendum usumfructum, *L.* 13. §. 2. *ff. de usufr.* Satis enim prospectum est proprietario per cautionem, ex qua actionem ex stipulatu instituere potest adversus fidejussores, si quid damni sibi per abusum datum sit ab usufructuario, *L.* 1. §. 5. 6. *ff. usufr. quemad. cau.* Opponunt nonnulli §. 3. *Inst. h. t.*, ubi non utendo per modum & tempus usufructum finiri. Sed per modum hic intelligi continuam possessionem, ostendi *in Additam. ad Vinn. d. l. p.* 229. Finitur (6) soluto jure constituentis. Hujus enim successor singularis factum antecessoris non præstat, secus ac in successoribus universalibus s. heredibus, qui in omnes obligationes defunctis succedunt. Hinc e. g. si cui episcopus monasteriensis in prædio diœceseos suæ usumfructum constitueret, mortuo episcopo successor illum usumfructum præstare non cogeretur. Successor enim in episcopatu non est antecessoris heres, sed successor singularis. Et hinc regula illa juris utilissima, *soluto jure dantis solvitur jus accipientis.* Finitur denique (7) ususfructus lapsu temporis pacto definiti. Si quis enim promisisset alteri usumfructum per triennium, & eo elapso usufructuarius uti frui pergeret, obstaret ipsi exceptio pacti, quod legem contractui dare solet *L.* 5. *C. de usufr.*

TIT.

TIT. V.

## DE USU ET HABITATIONE

### §. CCCCXXV. CCCCXXVI.

Diximus omnia, quæ de usufructu scire oportet tironem. Cum vero præter usumfructum & aliæ supersint servitutes personales, puta usus, habitatio, & operæ servorum, de his quoque agendum. Inter *usumfructum* & *usum* quid intersit, ex ipsis vocabulis supra (§. 315.) explicatis adpatet. Usufructuarius non modo utitur ad necessitatem, sed & fruitur ad utilitatem & voluptatem: usuarius tantum utitur, non fruitur. Adeoque clara est definitio, *usum* esse *jus rebus alienis tantum ad necessitatem utendi salva earum substantia*, §. 1. *Inst. h. t.* Clara etiam axiomata: (1) minus est in usu quam in usufructu. In usufructu enim est quidquid ordinarie ex re provenit, sive ad necessitatem, sive ad utilitatem, sive ad voluptatem, pertineat §. 417.; usuarius autem tantum, quantum ipsi necessarium est, accipit; adeoque (2) usus sola necessitate quotidiana finitur, *L. 2. pr. ff. h. t.* Exemplis rem illustrabimus quatuor. Nam (a) qui habet usum fundi, tantum olerum, pomorum, florum, fœni, stramentorum inde petere potest, quantum ejus conditio requirit, §. 1. *Inst. h. t.* (b) Si quis habeat usum ædium, illas potest inhabitare, sed non totas, verum tot cubicula, quot pro conditione sua opus habet. Quin adeo necessitate circumscribitur usus hic ædium, ut eas nec cuiquam locare, & vix hospitem recipere possit; at potest tamen §. 2. *Inst. h. t.* (c). Qui habet usum pecorum, tantum de lacte, lana, stercore accipit, quantum modus & conditionis & familiæ requirit, §. 37. *Inst. de rei vind.* Denique (d) quum usus usuarii necessitate circumscribatur, facile patet illum jus suum nec locare nec gratis in alterum conferre posse, §. 1. *Inst.*

*Inst. h. t.* Sane enim si alteri illud collocaret & concederet, ipsi te non esset opus; cessante necessitate & usus cessat.

§. CCCCXXIX.—CCCCXXXI.

Tertia servitus personalis est *habitatio*, quæ est jus alienas ædes inhabitandi salva earum substantia. Plerique hic hærent, qualis sit hæc servitus, & repetunt quidem quæ in jure nostro dicuntur, habitandi jus usu ædium esse pinguius, usufructu autem deterius. Quæ autem genuina sit servitutum harum omnium differentia, non ostendunt; unde explicandum modo vocabulum *habitare*. Habitare in hoc titulo est iis ædium partibus uti frui, quæ habitationi destinatæ sunt. Ex hac ergo definitione patet, (1) pinguius esse hoc jus usu ædium. Usuarius autem tot cubicula accipit, quot ipsi opus est: habitator omnibus utitur fruitur, adeo ut ea etiam aliis locare, vel gratis concedere possit, *L.* 13. *C. de usufr.*, quod non posse usuarium paullo ante monuimus. (2) Ex eadem definitione patet, deterius hoc jus esse usufructu ædium. Usufructuarius enim fructus ex universis ædibus percipit, adeoque etiam ex tabernis, cellis, hortis; contra habitator tantum habet cubicula habitationi destinata, non hortos, tabernas, cellas &c. Superest aliud discrimen. Habitatio non perimitur capitis deminutione neque maxima, neque media. Rationem addit Modestinus, quia habitatio magis in facto quam in jure consistit, *L.* 10. *ff. de cap. dem.* Quid vero hoc sibi vult? Nisi fallor, nihil aliud quam usumfructum & usum esse jura Quiritium, eaque extingui simulac qui inter cives & Quirites esse desinat: habitationem autem magis in facto consistere, quia & peregrini Romæ habitare possint, & hinc etiam nihil opus esse, ut habitatio capitis deminutione expiret.

§. CCCCXXXIII. CCCCXXXIV.

Ultima servitus personalis sunt *opera servorum*, quæ

quæ sunt jus omnem utilitatem ex operis servi alieni percipiendi. Hæc quoque servitus & usufructu deterior & usu servi pinguior est. Nam (1) est usufructu deterior, quia qui usumfructum servi habet, is potest non modo ex operis servi lucrari, sed omnia alia per servum adquirit. Et hinc si e. g. servus iste fructuarius heres institutus est, hereditatem usufructuario adquirit. Contra cui servitus operarum constituta, is tantum ex operis servi adquirit, §. 4. *Inst. per quas pers. cuique adqu.* Est tamen (2) eadem servitus usu servi pinguior. Usuarius enim non ex omnibus operis servi lucratur, sed tantum eas operas servo indicere potest, quibus ipsi necessario opus est. Unde & operas servi locare alteri nequit, *L.* 2. *ff. de usu leg.* quod potest omnino, cui servitus operarum constituta est.

## §. CCCCXXXV.

An harum servitutum adeo magnus sit usus, judicare in proclivi est. 1. Cessant hodie operæ servorum cessante servitute tali, qualem initio libri I. apud Romanos invenimus. (2) Nobis fere desunt vocabula usu hominum recepta, quibus usumfructum & usum distinguamus. In Belgio notum tantum vocabulum *tot lyftonde*, quod usumfructum notat aliud, quo usum exprimant, Belgas ignorare, & inde rarissima esse testamenta, ex quibus usum tantum relictum esse patet, observat B. Huberus, *Præl. ad Inst.* §. 6. *h. t.* In Germania usumfructum vocari observamus *den Niessbrauch, die Nutzneiessung.* Sed hæc vocabula tantum JCtis, non autem vulgo nota sunt, & hinc ibi etiam raro usum relinqui videas. Itaque fatentibus omnibus rariora hodie sunt & usus & habitationis exempla.

## *TIT. VI.*

## DE USUCAPIONIBUS.

### §. CCCCXXXV. CCCCXXXVI. CCCCXXXVII.

A rerum divisione redimus ad modos adquirendi, quos supra vel *juris naturæ & gentium*, vel *juris civilis* esse diximus. *Modi juris naturæ & gentium* erant tres, *occupatio*, *accessio*, & *traditio*, de quibus Tit. I. hujus libri actum. Sequuntur *civiles*, qui non ex sola ratione & jure naturali, sed ex legibus civilibus fluunt. Hi civiles adquirendi modi dividuntur in *universales*, quibus universum alicujus jus in nos transfertur, adeo ut ejusmodi successor universalis & in omnia jura antecessoris transeat, & ejusdem obligationes in se suscipere teneatur: & *singulares*, quibus non universum alterius jus in nos derivatur, sed tantum rei cujusdam singularis dominium adquiritur. Universales sunt sex: (1) *hereditatis adquisitio.* Nam heres in omnia jura omnesque obligationes defuncti transit, adeoque & æs alienum defuncti solvere & contractus ejusdem adimplere tenetur. (2) *Bonorum possessio.* Quia enim hæc nihil aliud erat, quam hereditas a prætore data, hinc ea in re hereditatis adquisitionem imitatur, quod bonorum possessor loco heredis sit: *pr. Inst. de bon. possess.*, & hinc in omne jus defuncti succedit. (3) *Adquisitio per arrogationem.* Pater enim hominem sui juris arrogans & bona & omnia jura filii adquirit, iis exceptis, quæ capitis deminutione tolluntur. (4) *Additio bonorum libertatum servandarum caussa.* Si hereditas jacens addicitur servo testamento manumisso, ea lege ut omne æs alienum solvat, is quoque servus manumissus fit loco heredis, adeoque successor universalis. (5) *Sectio bonorum*, quæ fit, si quando aliquis ex lege hereditatem

tem omnem sub hasta emit, ut creditoribus e pecunia satisfaciat. (2) *Ex senatus consulto Claudiano*, quo cautum fuerat, ut si mulier ingenua alterius servum amaret, nec monita ab indecoro isto amore desisteret, ea in domini servi servitutem redigeretur, & tunc dominus fieret ejus mulieris successor universalis. Sed hi modi adquirendi universales præter hereditatis adquisitionem fere ab usu recesserunt. Magis noti hodie sunt modi adquirendi *singulares*, nempe (1) *usucapio*, de qua hoc Tit. (2) *donatio*, de qua Tit. seq., (3) *legatum* & (4) *fideicommissum singulare*; de quibus infra suis locis agetur.

## §. CCCCXXXVIII.

Cum ergo titulus noster inscribatur *de usucapionibus & longi temporis præscriptionibus*, videbimus (1) quid veteribus fuerit *usucapio*, quid *præscriptio?* (2) quomodo Justinianus aliquam præscriptionem cum usucapione in unam massam conflaverit, alias autem ab eadem distinxerit. Usucapio olim a præscriptione maxime differebat. (1) Illa enim tribuebat dominium, adeoque erat modus adquirendi: hæc autem tantum exceptionem dabat, quin alterius jus excluderetur. (2) Illa locum habebat in solis rebus corporalibus, in quibus quippe solis dominium habere possumus, §. 335., præscriptio autem etiam ad res incorporales & jura pertinebat. (3) Usucapioni erat locus in rebus Italici soli, quæ solæ erant mancipi (§. 330.*): præscriptioni, etiam in rebus provincialibus. (4) Usucapione res mobiles anno, immobiles biennio adquirebantur; præscriptio autem longi temporis 10. annis inter præsentes, 20. inter absentes finiebatur, longissimi temporis præscriptio modo 30., modo 40., modo centum annorum spatium, modo tempus immemoriale exigebat. Unde præscriptio inventa videtur sub imperatoribus, usucapionis supplendæ caussa, ut quæ usucapi non possent, saltem præscriberentur, §. 2. *Inst. h. t.* Ita se res habuerat ante Justinianum. Sed hic imperator primus usu-

capionem & longi temporis præscriptionem in unam massam conflavit in *L. un. C. de usucap. transf.* Et hinc hodie inter usucapionem & longi temporis præscriptionem nihil amplius discriminis est, quam quod res incorporales usucapi dicantur. Agemus itaque (1) de usucapione, & quæ hodie cum illa pari passu ambulat, longi temporis præscriptione, a §. 438. — 447; (2) de longissimi temporis præscriptione 30 annorum, §. 448.—450.; (3) de longissimi temporis præscriptione 40. annorum, §. 451.; (4) de longissimi temporis præscriptione 100. annorum §. 452.; (5) de præscriptione immemoriali, §. 453. *Usucapio* in *L. 2. ff. de usurp. & usucap.* definitur, quod sit *adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.* Sed ibi tamen pro *adjectio* legendum videtur *adeptio:* ita enim hanc definitionem recensuit *Ulpian. in fragm. tit. XIX.* §. 8., & Isidorus Hispalensis *in origin. L.* 5. §. 25. Utcumque legas, sensus idem est, per usucapionem & longi temporis præscriptionem eum, qui dominus non est, dominium demum adquirere, si rem tempore longo possederit, & verus dominus eam interea non vindicarit. E. g. fingam me agrum a Titio emere & existimare, Titium esse agri dominum. Fingam Titium dominum esse, sic sane & dominium, quod ipse non habet, in me transferre non potuit. Nihilominus si præsente vero domino agrum per decennium vel eo absente per vicennium, possedi quiete, agrum usucepi, & per possessionem factus sum dominus.

## §. CCCCXXXIX.

Sed quæritur, quo jure id fieri possit? Sunt sane auctores, qui negant usucapionem justam & æquam esse. Nam qui semel est dominus, eum merito semper dominum manere ajunt, §. 333. 1., nec a furti crimine immunem esse, qui rei alienæ dominium sibi ex eo solo vindicet, quia tamdiu quiete possederit. Ita ex theologis ratiocinatur

Ame-

Amesius *de consc. l.* 5. *c.* 51., qui frequenter solet jurisprudentiam a se non intellectam ut iniquam reprehendere; ita ut eo libello vel maxime commotus celeberrimus olim JCtus Ulric. Huberus conscriberet *Eunomiam juris*, librum egregium, quo juris Romani æquitatem adversus varios adversarios defendit, quamvis egregium opus, cui immortuus est laudatissimus auctor, ad colophonem non pervenerit. Sed salva res est. Usucapionis æquitas in ratione recta & sacris litteris reperit præsidium. In his præscriptione se ac gentem Hebræam tuetur Jephtha adversus Ammonitas, *Jud. XI.*, 26. *quum jam* 200. *annos habitaverit Israel in Hesbon & villis ejus.* Deinde recta ratio docet ea, quæ nullius sunt, cedere occupanti, §. 544. Jam vero non modo illa nullius esse videntur, quæ natura non sunt in dominio, sed & quæ quum in dominio essent, pro derelictis sunt habitæ, §. 46. 47. *Inst. de rer. divis.* Quis autem videtur magis rem pro derelicta habere, quam qui in eam intra tot annos non inquisivit, neque eam vindicavit a possessore? Hinc merito excluditur a dominio in pœnam negligentiæ, & quia merito res pro derelictis habitæ occupanti cedunt, §. 342. Accedit & alia ratio. Interest rei publicæ dominia non incerta, nec lites de rebus immortales esse. Eleganter vero Cic. *in orat. pro Cæcinna, c.* 26. usucapionem vocat *finem sollicitudinis & periculi litium.* Ea enim efficitur, ut dominis rerum certa sint, nec sempiternis litibus ab aliis vexemur.

## §. CCCCXL. seq.

Ceterum cum usucapio sit modus adquirendi civilis, facile patet eam nec in omnibus rebus procedere, nec ad omnes personas pertinere. 1) Non pertinet ad omnes res, quia non possumus omnium rerum dominium adquirere. Nam adquiri non possunt (a) res commercio hominum exemptæ, veluti sacræ, sanctæ, religiosæ, communes, pu-

blicæ, universitatis; ergo nec possunt usucapi, *L.* 9. *ff. h. t.* Hinc &, hodie videmus bona fiscalia & domanialia principum vindicari quantocumque elapso tempore, quia non sunt in commercio. (b) *Res vitiosæ.* Tales vocantur furto vel vi ablatæ. Nam vitium cum re ambulat ad omnem possessorem, nec prius purgatur, quam res ad verum dominum redierit, §. 2. 5. *Inst. h. t.* Hinc nec usucapi, nec longo tempore præscribi possunt propter inhærens istud vitium. Possunt tamen longissimi temporis præscriptione adquiri, non quidem a fure, sed a tertio b. f. possessore, ad quem res pervenit. *L.* 8. §. 1. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* (c) *Res alienari prohibitæ*, quales sunt res ecclesiasticæ, §. 521. nisi certa observentur requisita, item pupillorum, minorum, fideicommisso oneratæ. Unde & has occupari non posse facile patet. (d) *Res incorporales.* Hæ enim proprie non sunt in dominio, sed in bonis, §. 388. Hinc & non dicuntur usucapi, sed præscribi longo tempore. *L.* 14. *pr. ff. de servit.* quamvis, si vera fateri velimus, hodie res eodem redeat, ob ea quæ diximus ad §. 458. II. Nec personæ omnes poterant usucapere, quia usucapio erat jus Quiritum, i. e. civibus Romanis proprium. Hinc in XII. Tabb. cautum erat, *adversus hostes* (ita antiqui vocabant peregrinos) *æterna auctoritas esto*, i. e. quantocumque tempore rem nostram possederit peregrinus, eam tamen semper vindicare fas esto, non obstante qualicumque usucapione vel præscriptione longi temporis. Id enim beneficium juris solis civibus Romanis datum erat. Sed postquam per *L.* 17. *ff. de stat. hom.* jus civitatis cum omnibus ingenuis in orbe Romano viventibus est communicatum, hujus discriminis non magna cœpit esse utilitas. Et hodie unusquisque usucapere potest, sive sit peregrinus, sive civis, nisi per statuta peregrini a possessione rerum immobilium excludantur. Inde etiam hodie cessant illæ differentiæ inter res Italici soli, & provinciales. Quamvis enim illas solas usucapi, has tantum præscribi potuis-

fuisse supra §. 437. observatum sit, tamen istud quoque mutatum est, ex quo Justinianus usucapionem & præscriptionem in unam veluti massam conflavit. *L. un. C. de usucap. transfer.*

## §. CCCCXLII.

Vidimus jam quid sit usucapio, vel longi temporis præscriptio: proximum est, ut ejus requisita expendamus, quorum quinque recensentur. 1) Primum est *bona fides*, per quam hic intelligimus conscientiam vel opinionem, qua se quis vere credit dominum, *L.* 109. *ff. de V. S.* Hinc si quis e. g. emat librum, quem scit non venditoris, sed alterius cujusdam esse, non potest librum usucapione adquirere, quia ipsi obstat mala fides. Et quidem jus nostrum civile non requirit bonam fidem nisi ab initio, i. e. ut tempore contractus vel adquisitionis aliquis se credat dominum. Superveniens mala fides non nocet. *L.* 48. §. 1. *ff. de A. R. D.* Hinc si e. g. ante biennium emi librum eoque tempore credidi venditorem vere dominum libri esse, jam autem audio illum non fuisse dominum, nihilominus usucapio procedit. Sed id emendatum est jure Canonico *C. ult. X. de præscrip.* quod bonam fidem continuam & perpetuam ab initio usque ad finem requirit: tamen in foro hoc capitulum tantum non ubique receptum est.

## §. CCCCXLIII.

Alterum requisitum est *justus titulus*, i. e. talis caussa, quæ sit habilis ad transferendum dominium, & qualem descripsimus supra §. 359. Ubi ergo titulus quidem justus est, sed ad transferendum dominium inhabilis, absurde ageret, qui crederet se posse rem ita possessam usucapere. Sic e. g. si conduxi ædes, easque per decennium inter præsentes, vel per vicennium inter absentes possedi, non ideo fio dominus ædium, quia locatio conductio non est titulus ad transferendum domi-

nium habilis, quamvis in se sit justissimus. Ex quo sequitur, (a) ut non sufficiat error justi tituli: e. g. existimo me librum emisse, quem non emi, usucapere non possum. *L.* 27. *ff. h. t.* (b) Ut non sufficiat contractus simulitus. E. g. inter maritum & uxorem nulla valet donatio, *L.* 1. *ff. de don. inter vir. & uxor.* Maritus ergo simulat se non dare uxori, sed vendere, & pro prædio ab ea accipit 10. aureos, an uxor poterit usucapere? Negatur, quia emptio venditio est quidem justus titulus, sed hic non vera est, sed simulata emptio & in fraudem legis inita, quæ ad usucapionem non sufficit. *L.* 1. *C. plus val. quod agitur.* (c) Ut non sufficiat titulus revocabilis. Donat mihi aliquis mortis caussa poculum argenteum, idque mihi statim tradit. Vivit adhuc donator per quinquennium, & moriens hoc ipsum poculum legat Titio: quæritur, an ego dicere possim, me hoc poculum bona fide & justo titulo ultra triennium possedisse, adeoque illud usu cepisse? Negatur in *L.* 13. *pr. ff. de mort. caussa don.* Et recte. Donatio enim mortis caussa semper potest revocari, adeoque usucapione nullo modo adquiritur quod mortis caussa donatum, quamdiu adhuc vivit donatoris. *L.* 30. *ff. eod.*

## §. CCCCXLIV. CCCCXLV.

Sequitur tertium requisitum usucapionis, *ut res non sit usucapionis incapax.* *L.* 2. *ff. h. t.* Quæ autem res sint incapaces usucapionis, jam diximus §. 440. Postquam autem Justinianus usucapionem & præscriptionem longi temporis in unum conflavit, res mobiles hodie usucapiuntur triennio sine discrimine, an verus dominus sit præsens, an absens: contra res immobiles decennio inter præsentes, vicennio inter absentes usucapiuntur. *L. un. C. de usucap. transfer.* Hinc 4. requisitum est *tempus lege definitum*, vel uti eleganter *L.* 24. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* vocatur suffragium temporis. In eo tamen benigniores sunt leges, quod dies ulti-

timus cœptus pro adimpleto habeatur, *L.* 6. *ff. h. t.*; quod secus se habet in præscriptione actionum *L.* 6. *ff. de obligat. & action.* Quid vero si verus dominus pro parte præsens, pro parte absens fuerit? Tunc anni absentiæ duplicantur. E. g. emi Titii fundum bona fide, sed non a domino; præsens fuit Titius a tempore emptionis biennium, reliquo tempore absfuit, quæritur, quot annis mihi opus sit ad usucapionem? Resp. 18. Nam anni præsentiæ sunt ——— 2

anni, qui deerant ad usucapionem decennii, sunt ——— 8

duplicantur ——— 8

18

Explicatur hoc in *Nov. CXIX. c.* 8. sed paullo aliter, quamvis res eodem redeat. Nimirum in Novella illa dicitur annos absentiæ esse dividendos per 2, eumque numerum addendum annis præsentiæ. Jam si tunc decem anni emergant, usucapionem esse impletam. Sin pauciores quam 10 anni emergant, tot annos duplicatos debere addi, ut decem adimpleantur. Emi fundum Titii ante 16. annos, duobus annis prioribus præsens fui, reliquis 14. annis absens; quæritur, an usucapionem adimpleverim?

Videbimus; anni præsentiæ ——— 2

anni absentiæ 14. divisi per 2. ——— 7

9

Cum ergo duo & septem nondum faciant decem, addendus est annus duplicatus, i. e. 2. Hinc patet, me adhuc per biennium possidere debere, quam usucapio impleta sit. Ceterum qui præsentes quive absentes dicantur, explicatur in *L. ult. C. de præscript. long. temp.* Nempe qui in eadem provincia habent domicilium, dicuntur esse præsentes: qui in diversis provinciis; absentes. Sed id intelligendum esse de provinciis specialibus & angustioribus, recte monet Brunnemann ad d. *L. ult. C. de præscr. long. temp.* & Struv.

 *Exerc.*

*Exerc. XLIII.* §. 17. Nam sane si quis in Austria dicere vellet Holsatum praesentem fuisse, quia fuerit in Germania, absurde procul dubio ageret. Austria enim & Holsatia diversae provinciae speciales & inter se dissitissimae.

## §. CCCCXLVI. CCCCXLVII.

**V.** Ultimum requisitum est *continua possessio.* Possessio autem hic non accipitur in sensu naturali & grammatico pro nuda detentione, sed in sensu civili & juridico, ut requiratur & corporalis detentio & animus sibi habendi. *L. 25. ff. de usucap.* Qui ergo hoc modo per justum & lege definitum tempus rem continua & non intertupta possessione detinuit, is potest usucapiendo adquirere dominium. Ex eo sequitur, ut interrupta possessio non prosit. Interruptio autem possessionis vocatur *usurpatio*; unde hic denuo habemus vocabulum, quod longe aliter in jure quam ab aliis auctoribus usurpatur. Vid. *L. 2. ff. de usurp. & usucap.* Est autem usurpatio, vel interruptio possessionis duplex: vel *naturalis*, vel *civilis*. *Naturalis* fit per dejectionem, e. g. si verus dominus possessorem a possessione praedii sui expulerit, *L. 5. ff. eod.* *Civilis* fit per actum judicialem, si vetus dominus actionem adversus possessorem rei suae instituerit & citationem impetraverit *L. pen. & ult. C. de ann. except.* Simul ac vero factum est alterutrum, statim interrupta censetur possessio, nec prodest tempus ante lapsum, adeo ut si quis jam per novem annos rem possederit, decimo autem anno possessio hoc modo interrumpatur, anni lapsi non prosint, nisi forte casu posteriore sequatur sententia absolutoria. Nam tunc usurpatio vel interruptio possessionis non nocet. *L. 1. L. 9. C. de praescr. long. temp.* Praecipua est quaestio, an & successori prosint anni antecessoris? e. g. pater meus rem possedit 6. annis, ego 4. annis, an usucepi? Resp. Regula est: *Successor continuat possessionem auctoris vel an-*

*antecessoris sui, sive sit successor universalis e. g.* heres, *sive singularis*, e. g. emptor. Sed inter universalem & singularem successorem hæc tamen differentia est. (1) Universalis successor continuat usucapionem a defuncto cœptam, modo defunctus in b. f. fuerit. §. 7. *Inst. h. t.* Mala fides defuncti heredi semper nocet, etiamsi ipse in b. f. sit, quia tamquam successor universalis transit in omnia jura defuncti, adeoque etiam in ejus vitia. *L. un. ff. de divers. & temp. præs.* Et hinc ne a sua quidem persona potest inchoare usucapionem, quia semper ei obstat defuncti mala fides, *L.* 11. *C. de adqu. possess.* (2) Contra, successor singularis veluti emptor, legatarius, donatarius continuat usucapionem ab autore cœptam, si & ipse & auctor fuerint in bona fide, *L.* 13. §. *ult. ff. de adqu. possess.* Hinc e. g. si a Titio, qui ante 8. annos prædium bona fide adquisiverat, ego illud mala fide emerem, non mihi prodesset Titii possessio, quia ego in mala fide sum. Coutra si Titius in mala fide fuerit, & ego sim in bona fide, possum usucapere, modo tempus a me ipso inchoare velim. *L.* 5. *ff. de divers. & temp. præscr.* Singularis enim successor non transit in vitia antecessoris, adeoque omissa hujus possessione ipse a se potest usucapionis tempora auspicari.

## §. CCCCXLVIII. CCCCL.

Absolvimus primam tituli partem de usucapione & longi temporis præscriptione, transimus ad secundam *de longissimi temporis præscriptione*, & primo quidem 30. *annorum.* Longissimi temporis præscriptiones sunt veluti reliquarum supplementum. Nam quæ usucapi vel longo tempore præscribi nequeunt, ea saltem longissimo tempore præscribuntur, & quidem vel 30. vel 40. vel 100. annorum, vel tempore immemoriali. De 30. annorum præscriptione notandum axioma: *Quæcumque ab antecessore vel ob malam fidem, vel ob injustum titulum reique vitium usucapi non potuerunt, ea præscribuntur a successore* 30. *annis.* A-

xioma in se planum est & perspicuum; unde id tantum superest, ut illud exemplis illustremus, quæ simul sunt conclusiones ex hoc axiomate derivatæ. 1). Supra diximus, res vitiosas, i. e. furtivas & vi possessas non posse usucapi neque a fure vel raptore, cui justus titulus deest, neque a tertio possessore, quia vitium cum re ambulat, donec res ad suum dominum redierit, §. 444. Quamvis vero in his omnibus non procedat usucapio, vel longi temporis præscriptio: tamen præscribuntur 30. annis a tertio possessore, *L.* 8. §. 1. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* 2.) Deinde res pupillares & minorum usucapi non posse observavimus ad §. 440. & hæ tamen præscribuntur 30. annis, *L.* 3. *C. quibus long. temp. præscr. non obstat.* 3.) Eadem est ratio peculii adventitii filiorum a patre contra leges alienati. *Nov. CXXII. c.* 24. Et 4.) rerum a malæ fidei possessore alienatarum; nam & hæ præscribuntur 30. annis, modo ipse possessor in b. f. fuerit *Nov.* 131. *c.* 6.

## §. CCCCLI.

Aliquando non sufficiunt 30 anni, sed 40. requiruntur: & hæc est altera species præscriptionis longissimi temporis, de qua hac tertia hujus tituli parte agitur. Hinc sunt certi casus speciales observandi, in quibus 40. annorum præscriptio omnino exigitur. Tales sunt 1) *res fiscales & patrimoniales principis.* Quia enim ad principem illæ non pertinent, sed ad rempublicam, quæ principi tantum usumfructum concessit, consequens est ut alienari a principe nequeant, & a successore semper possint revocari. Ut tamen dominia rerum non in æternum incerta sint, lege cautum, ut res fiscales adquirantur 40. annorum præscriptione, *L.* 4. *C. de præscr.* 30 *vel* 40. *ann.*; idque postea & ad bona patrimonialia principis prolatum, *L. fin. C. de fund. patr.* 2) Simile privilegium accepere *ecclesiæ & civitates*, quarum res immobiles nonnisi 40. annis præscribi possunt,

L. 34.

*L.* 34. *C. de SS. eccles.* Semper enim boni principes rebus ecclesiasticis faverunt, ne iis dissipatis cultus divinus elanguesceret; quamvis non sit negandum, clericos eo privilegio sæpe abusos ipsam rempublicam aliquibus in regionibus bonis pinguissimis spoliasse. Hanc politicam clericorum vivis coloribus pinxit P. Richardus Simon, qui sub ficto nomine Hieronymi a Costa latere voluit *dans l'histoire des revenues ecclesiastiques.* 3) Et aliquando actioni hypothecariæ 40. demum annis præscribitur. Nam aut rem oppignoratam possidet ipse debitor, aut tertius malæ fidei possessor, aut b. f. possessor. Si ipse debitor possidet, is jus hypothecæ præscriptione elidere non potest nisi exactis 40. anni'. Tertio malæ fidei possessori 30. anni sufficiunt, *L.* 7. §. 1. *pr. ff. de præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* Denique tertius b. f. possessor præscribit tempore ordinario 10. annorum inter præsentes & 20. inter absentes. *L.* 1. 2. *C. si advers. credit.*

## §. CCCCLII.

Tertia species præscriptionis longissimi temporis est præscriptio 100. annorum. Sed id privilegium uni tantum ecclesiæ Romanæ datum in *Auth. actiones*, *C.* de SS. ecclesiis. Itaque si quis prædium, quod ad Patrimonium S. Petri vel ditionem pontificis pertinuerant, quocunque titulo adquisiverit, non prius fit dominus quam elapsis 100. annis. Sed præscriptionis istius apud nos non est ulla utilitas.

## §. CCCCLIII.

Denique ultima species præscriptionis longissimi temporis est *præscriptio immemorialis.* Hæc nullo certo tempori adstricta est, sed sufficit, modo in contrarium nulla exstet memoria. *L.* 2. §. 1. *ff. de aqua & aqua pluv.* Hinc probari solet per testes senes, qui interrogantur, an sciant rem per 50. & plures annos se ita habuisse? An a majoribus didicerint, rem eodem modo se habuis-

buisse? An meminerint, rem unquam secus se habuisse? &c. Si ergo testes respondent, quam longissime memoriam rerum recolere possent, semper rem ita se habuisse, ita se quoque accepisse a majoribus, nec nullum sibi notum esse exemplum in contrarium: tunc probata præscriptio immemorialis. Vulgo dicunt, immemoriali præscriptione adquiri, 1) regalia, v. c. jus venandi, monetæ cudendæ, jurisdictionis; 2) immunitatum ab oneribus realibus; 3) Domanialia. Sed de ultimis id manifesto falsum; & contrarium habetur in *cap.* 33. *C. de jurejur.*, quum tamen hoc capitulum vulgo pro sententia sua allegare soleant doctores.

## *TIT. VII.*

## DE DONATIONIBUS.

Inter modos adquirendi civiles a Justiniano etiam refertur *donatio*, *pr. Inst. h. t.* quod sane plures mirantur, quam intelligunt. *Donatio* enim est pactum: per pactum dominium non adquirimus, sed per subsequentem traditionem. Ergo donatio non est modus adquirendi, sed titulus, per ea, quæ diximus §. 539. Hinc plerique non possunt aliter excusare Justinianum, quam quod intellexisse videatur, donationem propter nuptias & mortis caussa, quæ vere sint modus adquirendi, quamvis traditio non accesserit. Sed res ita se habet. Justinianus in Institutionibus ordinem Caii sequitur, §. 6. *proœm. Inst.* Tempore Caji donatio vere erat modus adquirendi, quia non valebat nisi statim accederet traditio. Recentioribus demum legibus invaluit, & maxime per *L.* 35. *C. de donat.*, ut & donatio sine traditione valeret, & ex hoc pacto contra principia juris Romani nasceretur actio. Ex eo tempore donatio non amplius fuit modus adquirendi, sed nudus titulus. Debuisset ergo Justinianus ordinem Caji mutare, sed

sed id non fecit, adeoque vere errorem admisit, quidquid alii pro eo dicant. Rem omnem jam exposuimus in *Addit. ad Vinn. pr. Inst. h. t.*

§. CCCCLV. CCCCLVI.

Utut se res habeat, (neque enim de connexione Justinianea multum laborabimus) nostrum est, primo omnium dispicere quid, & quotuplex sit donatio? *Donatio* est liberalitas nullo jure cogente collata. Dicimus eam 1) esse *liberalitatem*, quia consistere non potest sine re alicujus pretii. Dicimus 2) liberalitatem *collatam in alium*. Nam quod non nostrum est, aliis donare non possumus. Dicimus 3) *jure nullo cogente* collatam. Nam si quis alteri dat quod debet, is non donat, sed solvit. Ex quo etiam intelligimus hic sermonem non esse de jure imperfecto, sed perfecto, quippe quod solum admittat coactionem. Hinc si quis alteri quid confert, quod jure imperfecto debet, e. g. ex gratitudine, manet donatio. Hæc de definitione: sequitur divisio. Omnis enim donatio aut fit *inter vivos*, *aut mortis caussa*. *Inter vivos* **fit, quæ sine respectu ad** casum mortis celebratur: *mortis caussa*, quæ propter mortis fit suspicionem, ita ut quodammodo ipse donator rem sibi habere malit, quam alii concedere, nisi quid humanum ipsi acciderit. Elegans Telemachi ita donantis exemplum ex Homer. Odyss. v. 77. extat in Inst. de donat. Cautos vero nos esse decet, ne donationes inter vivos & mortis caussa confundamus. Julianus, teste Ulp. *L.* 3. *ff. de mort. causs. don.*, tres species esse ait mortis caussa donationum: *unam*, quum quis nullo præsentis periculi metu conterritus sola mortalitatis cogitatione donat, *alteram* quum quis imminente mortis periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis; *tertiam*, si quis periculo commotus non sic det, ut statim fiat accipientis, sed tunc demum, si mors fuerit insequuta. Ita Julianus, cujus etiam philosophiam

vi-

videmus *L.* 13. §. 1. & *L.* 35. §. 3. *ff. eod.* Sed si recte ponamus calculum, altera species non tam est donatio mortis caussa, quam inter vivos. Est quidem donatio morientis, at non mortis caussa, quippe semper est irrevocabilis, *L.* 42. §. 1. *ff. eod.* Ergo distinguendum, itane quis donet ut dominium statim transferatur, & solam possessionem donator sibi ad mortem usque reservet; an donator morte demum insequuta dominium transferre velit, nihilque adeo præter spem in donatarium transferat. Priore casu est donatio inter vivos, sive ille a sano & incolumi, sive a moribundo fiat. Posteriore casu donatio mortis caussa est, sive immineat mortis periculum, sive non immineat. Ceterum ex his definitionibus satis patet, donationem inter vivos esse *pactum*, cui lex adsistit, puta *L.* 35. *C. de donat.*; donationem autem mortis caussa esse actum, qui aliquid & ex natura *pacti & ultimæ voluntatis participat*, *adeoque inter utrumque fluctuat.*

## §. CCCCLVII.

Quæritur jam, *quis* donare possit? Responsio facilis est. Utraque donatio est liberalitas, quæ dominium in donatarium vel statim vel in futurum confert, §. 455. Dominium in alium transferre inter vivos non potest nisi qui & ipse dominus est, & liberam habet rerum suarum administrationem §. 40. *Inst. de rer. div. L.* 21. *C. mand.* Mortis caussa donatione, quia similis quodammodo est ultimæ voluntati, §. 456. non nisi is transfert dominium, qui liberam habet testamenti factionem, *L.* 15. *ff. de mort. causs. don.* Ex his vero duobus axiomatibus prono alveo fluit, 1) donare inter vivos non posse pupillos, immo 2) ne tutorem quidem, 3) multoque minus procuratorem, nisi speciali ad id faciendum mandato instructum. 4) Porro & mortis caussa donare non posse impuberem, quippe qui testamentum condere nequit, nec ullum alium, qui te-

testari non potest, veluti servum, peregrinum, furiosum, mente captum, prodigum, surdum & mutum, §. 514.—519. Una exceptio est in filiofamilias. Nam & hic quidem donare mortis caussa nequit, quia non habet testamenti factionem, nisi in peculio castrensi & quasi castrensi, *L.* 19. *ff. qui test. fac.*; sed in eo tamen discrimen est, quod filiusfamilias testamentum condere non possit, si vel maxime consentiat pater, *L.* 6. *pr. ff. eod.*; mortis caussa autem donare illi omnino licet eo consentiente., L. 25. §. 1. ff. *de mort. causs. don.*; quod ideo procul dubio introductum, quod testamenti factio sit juris publici, *L.* 3. *ff. qui test. fac. poss.*, adeoque pater circa illam sua auctoritate nihil mutare possit; contra, donatio inter vivos æque ac mortis caussa juris privati.

## §. CCCCLVIII.

Æque facile expeditur quæstio altera, *cuinam* donari possit? Donatio inter vivos est pactum: pactum non initur sine unius promissione & acceptatione alterius. Ergo & donatio (1) requirit acceptationem, quod ipse Cicero in *Top. c.* 8. recte observat. Nec hac in re differentia est inter donationem inter vivos & mortis caussa: utraque acceptanda est. Quin in eo positum est discrimen inter mortis caussa donationem & legatum vel fideicommissum, quod illa a præsente donatario acceptanda sit, hoc autem & absenti & ignoranti relinqui possit. Deinde requiritur 2) ut donator & donatarius sint personæ diversæ. Vidimus enim ex una parte promissionem, ex altera acceptionem adesse debere. Et quis, quæso, esset tam stultus, ut sibi ipsi donare velit? Et hinc facile redditur ratio, cur inter patrem & filium non valeat donatio. *L.* 1. §. 1. *ff. pro donat.* Hi enim juridice non sunt personæ diversæ, sed una persona, §. 159. b. Deinde & ratio inde patet, cur nec conjuges constante matrimonio sibi invicem donare possint. *Tit. ff. de don.* *in-*

*inter vir. & uxor.;* uxor enim olim per confarreationem, coemptionem & usum conveniebat in manum marito, eoque ipso redigebatur in potestatem mariti, & loco filiæfamiliæ fiebat, ceu fuse demonstravimus in *Antiq. n. Romanis*, *L.* 1. *Tit. X.* §. 6. & *in Comment. ad Leg. Jul. & Pap. lib.* 11. *c. XI.* §. 238. Quod si itaque fuit filiæ loco, una sane persona cum marito fuit, adeoque nec illi quicquam donari potuit. Enimvero quamvis postea illa in manum conventio in usu esse desiisset, mansit tamen effectus, prohibita nimirum inter conjuges donatio: & hinc aliæ adinventæ sunt rationes hujus prohibitionis, e. g. ne conjuges se mutui amoris obtentu invicem spoliarent, ne venalitia essent matrimonia, &c. *L.* 1. *L.* 2. *ff. de don. inter vir. & ux.* 3) In donatione mortis caussa in specie requiritur, ut donatario legari possint. Quibus autem legari possit, videbimus infra §. 608.

## §. CCCCLIX.

Tertia quæstio est, *quæres* donari possint? Donatio est liberalitas, §. 455; liberalitas aliquid in alterum confert, quod ei utilitatem præstare possit. Utilitatem possunt præstare 1) res, quæ sunt in commercio. Unde facile patet, donari non posse res sacras, religiosas, sanctas, &c. communes, publicas, universitatis, quippe quæ a privatis haberi nequeunt. Utilitatem etiam præstant 2) res incorporales, veluti jura, servitutes, obligationes. Ergo & has donari posse non ambigitur. *L.* 9. *pr. L.* 27., *seq. ff. h. t.* Utilitatem præstare possunt 3) omnia bona præsentia & præterita: ergo & illa donari possunt, si quis tam liberalis aut potius prodigus esse velit. *L.* 35. §. 4. *C. h. t.* Ne tamen ejusmodi donator inconsulte omnia sua jactans fame pereat, proditum est, eum non posse conveniri in solidum, sed ipsi relinquendam esse tantam bonorum partem, unde victum & amictum necessarium habere possit *L.* 19. §. 1.

*L.* 49.

*L.* 49. *L.* 50. *ff. de judic.* Vocatur hoc *beneficium competentiæ*, de quo diximus infra §. 1199. seq. Denique 4) & res alienæ utilitatem præstare possunt; ergo & hæ donari queunt. Posset id iniquum alicui videri; nam quid nisi furtum est, alienam rem donare, vel de alieno ludere corio? Sed id probe observandum, hic non quæri an ejusmodi rei alienæ donatio dominium valide transferat? id enim negatur, quia quod donator non habet, in donatarium transferre nequit. Nec quæritur jam, an ejusmodi rei alienæ donatio præjudicet vero domino? nam & id negandum, quia nemini rerum suarum dominium auferri invito potest, nisi in pœnam. Itaque hæc donatio non obstat vero rei domino, quo minus rem illam possit vindicare a donatario & quocumque possessore. Sed id tantum volunt jura, si quis rem alienam donavit, & donatarius illam b. f. accepit, ignorans illam alienam esse, quod tunc donatarius per usucapionem adquirere dominium possit, si verus dominus rem suam justo tempore non vindicavit, i. e. si rem mobilem a donatario per triennium, rem immobilem inter præsentes per decennium, inter absentes per vicennium possideri passus sit, quia tunc dominus vere rem suam pro derelicta habuisse censetur, §. 439.

## §. CCCCLX. CCCCLXI.

Quæ adhuc de persona donatoris & donatarii, nec non de rebus, quæ donari possunt, diximus, ea utrique donationi inter vivos & mortis caussa communia sunt. Sequitur, ut ostendamus *quomodo differant*. Differunt 1) *modo donandi*. Donatio inter vivos, quia tantummodo pactum est, non requirit quicquam aliud præter consensum, adeoque nullis sollemnitatibus opus est. At donatio mortis caussa, quia simul de natura ultimarum voluntatum participat, quinque testibus præsentibus debet fieri. L. ult. C. §. ult. de codicill. 2)

Dif-

Differunt ratione *libertatis donandi.* Quia enim periculum est, ut ne qui inter vivos donant, ad mendicitatem redigantur, si nec finem, nec modum donandi facerent, provide cautum est ut, si quis ultra quingentos solidos i. e. ultra 2000. flor. Carol. donare velit, eam donationem actis insinuet, & si ea insinuatio judicialis omissa fuerit, tunc id, quod ultra 2000. Carolinos donatur, non valeat. *L.* 36. §. *ult. C. h. t.* At donatio mortis caussa quum demum post mortem valeat, donatorem non reddit pauperiorem, & hinc quantacumque sit, non indiget insinuatione. *L. ult. C. de mort. causs. donat.* 3) Differunt *effectu.* Nam donatio inter vivos in continenti valet, & semel facta altero invito revocari non potest. Quæ enim mutuo consensu in idem placitum contrahuntur, ea non nisi mutuo dissensu, non autem alterius patientia, rescindi possunt. At mortis caussa donatio, quia de ultimarum voluntatum natura participat, §. 456. semper est revocabilis, quia voluntas hominis ambulatoria censetur usque ad mortem, §. 1. Inst. h. t. *L.* 16. *L.* 30. *ff. de mort. causs. don.* 4) Differunt *ratione translationis dominii.* Donatio inter vivos est quidem titulus ad transferendum dominium habilis, §. 339. Sed titulus non nisi jus ad rem tribuit. Jus vero in re demum nascitur ex subsequente traditione, §. 339**. Ita & rei donatæ dominus non prius fio, quam ubi traditio accessit, §. 40. *Inst. de rer. divis.* Contra quia donatio mortis caussa similis est ultimæ voluntati, §. 456. per ultimas autem voluntates dominium ad nos transit sine traditione, simulac mors testatoris vel donatoris subsequuta est, §. 339. ***; hinc & mortis caussa donata statim nostra fiunt simulac donator decesserit, modo donationem vivus non revocarit. *L.* 16. *L.* 30. *ff. de mort. c. don.* Differunt 5) *ratione solutionis.* Qui ex donatione inter vivos convenitur, gaudet beneficio competentiæ, nec in solidum condemnatur, sed quantum facere potest, uti diximus ad 459. 5) Contra,

tra, si heres solvere jubetur donationem mortis caussa, & ipse non habet salvam quartam bonorum partem, potest detrahere *quartam falcidiam*, de qua ex instituto disseremus infra §. 645. seq. Differunt denique 6) *actionibus*. Si enim quæramus, qua actione persequamur donationem inter vivos? jam paullo ante dictum est, eam esse pactum. Pacta jure Romano non producebat actionem, præterquam si vel legitima essent; vel prætoria, vel adjecta contractui bonæ fidei, §. 777. Tale pactum legitimum est donatio inter vivos: quia ei lex adsistit, jubetque ut donatio promissa tradatur, §. 35. *C. h. t.* Quum ergo ex omnibus pactis legitimis nascatur *condictio ex lege* §. 1157.; consequens est, ut & donatio inter vivos petenda sit *condictione ex lege*, nempe ex *L.* 35. §. 4. 5. *C. de don.*, nisi donationi accesserit stipulatio. Eo enim casu ex stipulatu agi potest, *pr. Inst. de verb. obl.* Contra donatio mortis caussa similis est ultimis voluntatibus, §. 456., & hinc eædem inde actiones nascuntur ac ex legatis, nempe personalis ex testamento, hypothecaria, & rei vindicatio. Has enim actiones ex legatis nasci diximus infra §. 639.

## §. CCCCLXII.

Paullo ante monuimus, donationem inter vivos non esse revocabilem, (460. 5) & ita se habet regula. Sed quemadmodum vix regula quædam est sine exceptione, maxime in jurisprudentia, *L.* 202. *ff. de reg. jur.*, ita idem hic contingit. Revocatur enim donatio, 1) *si sit inofficiosa L.* 5. *L.* 7. *C. de inoff. don.* Quid inofficiosum sit, paullo post dicemus ad tit. de inofficioso testamento, nempe omne illud inofficiosum vocamus in jure, quo liberi, parentes, vel fratres & sorores læduntur in portione legitima. Sic dicimus *testamentum inofficiosum*, quo his personis portio legitima non relicta: *dotem inofficiosam*, quæ tanta est, ut liberis reliquis salva non sit legitima:

*do-*

*donationem inofficiosam*, per quam liberi donatoris in legitima portione læduntur. Et hæc, ut dixi, potest revocari. 2) Revocatur etiam quicquid ultra D. solidos donatum sine insinuatione judiciali. Homines quidem natura non sunt ad donationes immodicas proclives, sed tamen aliquando ita donant, ut sibi ipsis non parcant. Quum itaque reipublicæ intersit & expediat, ne quis re sua male utatur, §. 2. *Inst. de his qui sui vel alien. jur.*, & profusio sit potius quam liberalitas quidquid, cui ratio non constat; hinc cautum, ut qui ultra D. solidos (quos hodie aureos Hungaricos interpretamur) donare velit, eam donationem judicialiter ad acta insinuare teneatur, *L.* 21. *ff. L.* 34. *pr. L.* 36. *fin. C. de don.* Quod si itaque hæc insinuatio ad acta omissa sit, donatio quidem valet ad D. solidos, sed quæ ultra hanc summam donata sunt, jure possunt revocari. Quid vero, si plures donationes diversis temporibus factæ sint, e. g. ante triennium 200. solidi, ante biennium 300., superiore anno 400.; an ita quoque invalidum est quod ultra 500. solidos sine insinuatione donatum? Id negandum, modo illa summa non in fraudem legis divisa sit. *L.* 34. §. 2. *C. h. t.* Quid si quotannis certa summa donata? Resp. Si ad vitæ tempus donata, insinuatione non opus esse, quia incertum est quamdiu victurus sit donatarius: ubi autem & heredum fit mentio, insinuationem omnino accedere oportet, quia satis certum est illam summam annuam D. solidorum quantitatem excedere posse. *L.* 34. §. 4. *C. h. t.* Sunt etiam quædam donationes, quæ plane insinuationem nullam requirunt, quantumvis magnæ sint; veluti si quid donatum (α) ad redemptionem captivorum *L.* 36. *pr. C. h. t.*, (β) ad reficiendas ædes incendio ruinave collapsas, *L.* 36. §. 2. *C. eod.*; (γ) si donatio militibus facta a tribuno militum, *L.* 36. §. 1. *C. eod.*; (δ) si donatio sit reciproca vel remuneratoria. Sane enim si ego sponsæ dono annulum M. solidorum, & illa mihi itidem

dem donat annulum e. g. DC. solidorum, neutra pars læsa est, ita ut insinuatione sit opus. 3) Revocatur etiam donatio propter donatarii ingratitudinem. Ingratitudo autem quum vel *simplex* sit, si quis benefactori non benefacit, vel *prægnans*, si quis benefactori ægre facit: hic prior non sufficit ad revocandum donationem, sed speciatim requiruntur vel (a) atroces injuriæ, vel (b) insidiæ donatoris vitæ structæ, vel (c) ut impiæ manus donatori illatæ sint, vel (d) ut magnæ bonorum donatoris parti insigne damnum intulerit donatarius. Sedes hujus doctrinæ est in *L. ult. C. de revoc. don.* Ex qua & id notandum donatorem quidem donationem ab ingrato revocare posse, non autem ipsius heredes. Si enim ipse donator non revocavit, injuriam hanc censetur remisisse; & generalis est illa regula, *actiones, quæ ad meram vindictam tendunt, heredibus non dantur.* Immo nec contra heredes ingrati donatarii actio ad revocandam donationem competit, quia ad vindictam comparata est, & vindicta locum non habet nisi adversus eum, qui nos adfecit injuria, nec autem heres donatorem nullatenus læsit, *L. 7. C. de revocat. don.* (4) Revocationi donationis locus est *ob supervenientiam liberorum*; idque probant ex *L. 8. C. de rev. don.* ad quam legem prolixum commentarium conscripsit JCtus eruditus Andr. Tiraquellus. Sed sane lex illa tantum loquitur de casu speciali, si patronus libertis bona omnia vel eorum partem donavit, & postea susceperit liberos. Jura autem patronorum non statim sunt ad alios porrigenda. Ast doctores tam late interpretantur hanc legem, ut omnibus donatoribus hoc jus indulgeant, immo & ipsis liberis donatorum supervenientibus. *Merill. Obs. L. II. c. 34.* Et quamvis non alia ratione utantur, quam quod nemo videatur alienas successiones propriis anteponere, *L. 30 C. de fideicomm.* nihilominus tamen, ut fit, hæc erronea interpretum sententia in foro triumphat.

§. CCCCLXIII.

## §. CCCCLXIII.

Superest species quædam donationis singularis, puta *donatio propter nuptias*. Illa olim vocabatur ἀντίφερνα, vel donatio ante nuptias, quia constante matrimonio conjuges sibi invicem donare non poterant. Postquam autem id mutavit Justinianus, & marito indulsit ut & uxori jam sibi nuptæ donationem ejusmodi constituere posset: non amplius quadrabat rei vocabulum, & hinc Justinianus voluit, ut in posterum vocaretur donatio propter nuptias §. 3. *Inst. h. t.* Est vero *donatio propter nuptias*, quam maritus uxori vel sponsus sponsæ facit in securitatem dotis. Dico *in securitatem dotis;* & hinc si sponsus sponsæ e. g. annulum vel aliud quid donat sine respectu ad dotem, ea vocatur *largitas sponsalitia*, de qua evolvenda *L.* 16. *C. de don. ant. nupt.* Quum ergo in servitutem dotis detur, consequens est 1) ut doti ratione quantitatis & conditionum sit similis. Ita enim expresse sanxit Justinianus *Nov. XCVII*, quod olim se aliter habebat. Hinc e. g. si uxor marito infert dotem 10000, tantumdem maritus uxori donat propter nuptias. 2) Ut in uxorem constante matrimonio non transeat dominium, sed tantum jus pignoris in bonis mariti, *L.* 29. *C. de jur. dot. Nov. LXI. c.* 1. *princ.* 3) Ut nec fructus rei hunc in modum donatæ uxor percipiat constante matrimonio. Nam si perciperet uxor fructus, tunc dos inutilis fieret marito *L.* 29. *C. de jur. dot. L.* 20. *C. eod.* Dos enim datur ad ferenda matrimonii onera. Fingamus vero, uxorem mihi constituisse dotem 10000: me ite mpropter nuptias donasse 10000; sane si tunc ego perciperem fructum dotis 500. florenorum, & uxor fructus donationis propter nuptias itidem 500. florenorum, tunc sane ab ea nihil accepissem, & illa dos mihi non prodesset ad ferenda matrimonii onera.

*TIT.*

## TIT. VIII.

## QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON

### §. CCCCLXIV.

Sequitur titulus de jure alienandi, in quo & regula notanda & duæ exceptiones. *Regula* est: *dominus potest rem suam alienare.* Fluit enim id ex natura & definitione dominii. Nam supra §. 335. diximus, dominium esse jus in re corporali, ex quo facultas de ea disponendi eamque vindicandi nascitur. Si ergo conjuncta cum dominio est facultas libere de re sua disponendi, facile sane adparet, licere etiam ei alienare rem suam. Deinde & ex definitione alienationis hæc regula prono alveo fluit. Alienare enim est abdicare se dominio suo, & illud transferre in alium. Atqui id nemo potest præter dominum, quum dominium quod quis non habet, in alterum transferre omnino non possit. Hæc itaque est regula: at illa patitur duas *exceptiones*, de quibus h. t. agitur, quasque Theophilus in *paraphrasi Inst. h. t.* non ineleganter vocat *παράδοξα θέματα, positiones paradoxa.* Nempe 1) aliquando contingit, ut aliquis sit dominus & tamen alienare nequeat; quod demonstratur §. 465. seqq. 2.). Aliquando qui non est dominus, habet jus alienandi; de quo §. 467. seq.

### §. CCCCLXV.

I. Aliquando dominus non potest alienare. Idque imperator probat 1) exemplo mariti, qui est dominus dotis, nec tamen semper habet jus alienandi. Dominium dotis consequi maritum acriter negat A. A. Pagenstecher *in Aphoris. Inst.* §. 74. *p.* 142; unde id ante omnia probandum, & argumenta viri docti simul profliganda sunt. Maritum ergo esse dotis dominum probamus (a) *pr. Inst. h. t.*, ubi

 Ju-

Justinianus eum diserte dominum vocat. (b) In *L.* 7. §. 3. *de jur. dot.* Vice plus simplici repetit Ulpianus, *dotem esse in bonis mariti*, *eam fieri mariti*, *ejus effici &c.* (c) Id probatur ex effectu. Dominium consistit in facultate de re sua disponendi. Jam vero facultatem habet dominus, adeo ut & servis dotalibus testamento libertatem dare possit, *L.* 3. *C. de jur. dot.* Dominus quoque habet facultatem vindicandi. Jam uxor constante matrimonio dotem vindicare non potest, *L.* 7. §. 3. *ff. h. t.* *L.* 9. *C. de rei vind.* Contra, eam jure vindicat maritus, *L.* 24. *ff. rer. amot.* Cum ergo solus dominus gaudeat jure vindicandi, *L.* 23. & *L.* 24. *C. de rei vind.*, manifestum est, maritum esse dotis dominum. Contra hanc veritatem ab omnibus JCtis accuratioribus defensam aliquot argumenta obvertit Cl. Pagenstecherus. Nam (a) in *L.* 30. *C. de jur. dot.* dicitur, *quod legum subtilitate transitus rerum dotalium in matrimonium mariti videatur fieri*, *ideo rei veritatem non deleri vel confundi.* Inde colligit Pagenst. maritum quidem dominum dotis videri subtilitate juris, non autem eum revera esse dominum. Sed respondemus, imperatorem ibi loqui de jure uxoris in dotem, *dissoluto matrimonio*, adeoque horum verborum sensus est: quamvis maritus subtilitate legum sit dominus dotis constante matrimonio, revera tamen uxoris dominium tantum quiescere, & reviviscere simulac dissolutum sit matrimonium. Id vero nemo negat (b) dotem nonnumquam consistere in re incorporali, veluti in usufructu, jure coquendi cerevisiam & similibus; jura autem non posse esse in dominio, §. 335. Sed respondeo, (α) si dicimus maritum esse dominum rei dotalis, supponendam esse rem corporalem, in qua locum habere possit dominium, e. g. agrum, fundum, pecuniam. (β) Si vel maxime jura tamquam res incorporales non sint in dominio, tamen eas esse in bonis, *L.* 49. *ff. de V. S.* Hæc autem distinguunt quidem jura verbis, quum effectu revera sint eadem. Itaque satis animadvertimus, mari-
tum

tum esse dotis dominum. At quamvis id expediti juris sit, tamen ei adempta est ex parte libera alienandi facultas, & quidem per legem Juliam de adulteriis. *Paull. Rec. Sent. l. II. Tit.* 24. Quum enim frequentissima Romæ essent divortia, & maritus fere pro lubitu uxorem domo expellere posset, adeo ut *Seneca* eleganter dicat, *uxorem sua ætate non consulibus, sed maritis numerasse annos:* sæpe contingebat, ut uxor repudiata, cujus dotem omnem jam absumpserat maritus, ad mendicitatem redigeretur. Hinc earum misertus Augustus sanxit, ut marito non liceret alienare fundum dotalem Italicum invita uxore, nec eumdem oppignorare quamvis volente uxore. At Justinianus in hac re duas res emendavit *L. un.* §. 15. *C. de rei ux. act.* Nam (a) sustulit discrimen inter fundum dotalem Italicum & provincialem, (b) inter oppignorationem & alienationem, adeoque prohibuit, *ut fundus dotalis qualiscumque, sive Italicus, sive provincialis, a marito nec alienari nec oppignorari possit, sive consentiat uxor, sive refragetur.* Quam facile enim foret marito blanditiis expugnare animum uxoris, ut in alienationem consentiat! Quare observandum, (a) non omnis dotis prohibitam esse alienationem, sed fundi tantum dotalis. Si enim dos consistit in re mobili, nullum est dubium, quin maritus eam possit alienare. (b) Ne fundi quidem, sic. rei immobilis alienationem semper esse prohibitam. Nam exceptus est fundus dotalis æstimato datus. Si enim æstimatio venditionis caussa facta est, dominium planum transit in maritum, & contentam esse oportet mulierem, si soluto matrimonio æstimationem recipiat, *L.* 10. §. 4. *ff. L.* 5. *C. de jure dot.* 5) Ne quidem dotis inæstimatæ alienationem semper prohiberi. Admittitur enim necessaria, qualis est quæ fit ob æs alienum uxoris, *L.* 1. *ff. de fundo dot.*, vel in ejusdem manifestam utilitatem, *L.* 26. *L. ult. ff. de jure dot.*

## §. CCCCLXVI.

Vidimus primum exemplum domini, cui tamen alienare non licet. Alterum 2) nobis exhibet *pupillus*. Is enim & paterfamilias est & rerum suarum dominus, æque ac minor, & tamen neuter alienare potest, quia sua tutela vel curatela sunt constituti, adeoque non habent liberam res suas alienandi facultatem. In eo tamen discrimen est, quod alienatio a pupillo facta ipso jure nulla est, facta a minore valet, si accesserit jusjurandum, quod ex minore majorem facit per famosissimam *Auth. Sacram. puberum. C. si adv. vendit.* Cum ergo pupillo alienare non liceat, sequitur 1) ut nec mutuam dare possit pecuniam. Mutuum enim esse alienationem, contra Claudium Salmasium virum doctissimum argumentis tam luculentis demonstrarunt JCti, in primis Jo. Wissembachius, ut hodie ea quidem de re nemo dubitet. Ex quo sequitur, (a) ut si nummi, quos pupillus numeravit, exstent, locum habeat rei vindicatio. Quia enim pupillus alienans nihil agit, sane dominium non transfert: si dominium non transfert, manet dominus: si dominus manet, rem suam ubicumque exstet, vindicare potest, §. 335. Inde porro sequitur (b) ut si nummi ab eo, qui illos accepit, bona fide consumpti sunt, locum non habeat rei vindicatio; quomodo enim vindicari posset quod non exstat? Attamen tunc pupillo datur actio personalis sic. conditio certi ad tantundem in eodem genere restituendum. (c) Inde colligimus, si qui pecuniam a pupillo mutuam accepit eam mala fide consumpsit, dari adversus eum actionem ad exhibendum. Quamvis enim hæc actio tantum adversus possessorem detur, *L.* 3. §. *ult. L.* 4. *L.* 5. *pr.* §. *ult. L.* 7. §. 34. *ff. ad exhib.*, & qui nummos mala fide consumpsit, nihil possideat: regula tamen recepta est a JCtis, *qui dolo possidere desiit, pro possessore habetur. L.* 5. §. 2. *L.* 12. §. 3. *L.* 14. *ff. L.* 5. *C. h. t. L.* 131. *ff. de R. J.* 2)

Eo-

Eodem modo se res habet, si pupillus sine auctoritate tutoris solverit. Quia enim & ita fit alienatio, solutio ista in se nulla est, adeoque quod solutum est, æque ac si indebite esset solutum, potest iisdem actionibus repeti. Illud denique 3) notatu dignum, pupillo, licet sit dominus, non tamen solvi posse sine auctoritate tutoris & magistratus decreto, exceptis usuris intra biennium debitis, & non excedentibus 100. solidorum vel aureorum quantitatem, quæ tutori, non pupillo sine magistratus decreto solvi possunt. *L.* 25. *L.* 27. *de admin. tut.* Si quis ergo pupillo solvit vel tutori non interposito decreto, & pecunia vel a pupillo vel a tutore male perdita & absumpta est, vel casu periit; creditor non liberatur, sed iterum solvere tenetur. Posset quis existimare, meliorem fieri conditionem pupilli accepta solutione, adeoque id negotium etiam illum posse explicare, §. 251.; sed id negatur. Quomodo enim meliorem reddit conditionem pupilli, qui tantum pecuniam ipsi solvit ut gaudeat equis, canibus, & aprico gramine campi, utilium tardus provisor, prodigus æris; ut eleganter Horat. *A. P. v.* 162. *seq.* Nonne hoc esset furioso gladium dare?

## §. CCCCLXVII.

**Absolvimus prius thema paradoxum, aliquem esse rerum suarum dominum, & tamen alienare non posse. Sequitur II.) alterum, aliquem non esse dominum, & tamen ei licere alienare. Hujus quoque bina nobis exempla suppeditat Justinianus. Nam 1) creditor, cui a debitore pignus traditum, non fit pignoris dominus, sed aliud habet jus in re a dominio diversum, §. 333.: & tamen non solvente debitore pignus potest distrahere, ut ex pretio inde redacto sibi satisfiat, *L.* 8. L. 11. *L. ult. ff. de distr. pign.* Neque debitor hanc distractionem impedire potest ullo modo, nisi totam sortem cum usuris repræsentet, *L.* 2. *C. debit. vend.***

***pign.***

*pign. imp. non posse.* Inutile enim foret pignus creditori, neque ei ullam securitatem præstaret, si numquam ei liceret illud distrahere. Quamvis vero regula illa in se vera sit, ratione modi tamen distractionis distinguendum est, accesserit ne pignori pactum de distrahendo pignore, an pactum ne pignus distrahatur, an plane nihil ea de re inter se pacti sint debitor & creditor. (a) *Pactum de distrahendo pignore* est, quando debitor creditori concedit, ut si intra certum tempus æs alienum non dissolvatur, pignus possit vendi; & id pactum licitum est. Contra, si ita pacti sint, ut si justo tempore non solutum fuerit, pignus creditori adquiratur, isque ejus dominus fiat: vocatur id *lex commissoria* vel *pactum commissorium*; & id illicitum & prohibitum est, *L. ult. C. de pact. pign.* Cujus rei ratio in promptu est. Si enim distrahatur pignus, debitor non læditur, quia creditor, accepta summa sibi debita, id quod superest, debitori restituit: contra, si debitore in mora constituto pignus creditori statim ipso jure adquireretur, maximopere læderetur debitor, quia plerumque duplo pluris est pignus, quam summa, quam debitor acceperat. Jam redimus ad distinctionem nostram. Si ergo pactum de distrahendo pignore accessit, creditor potest pignus vendere sine denuntiatione, simulac debitor est in mora solvendi, *L. 4. ff. de pig. act. L. ult. §. 1. C. de jur. dum impetr.* (a) Si pacti sint *ne vendetur*, trinam denunciationem oportet præcedere, eaque cessante distractio permittitur *L. 4. ff. de pig. act.* (c) Si nihil ea de re pacti sint, una sufficit denunciatio, eaque facta adhuc per biennium exspectandum, *L. 4. C. de distr. pign.* Omnibus his casibus distractio fit sollemniter vel sub hasta, vel per modum auctionis, pretio, quantum fieri potest, maximo. *L. 4. L. 7. L. 10. C. eod. L. 15. L. 22. §. ult. ff. de pig. act.* Si emptorem inveniat res, dominium statim in eum transfertur, neque debitor oblato pretio eam repetere potest. *L. 26. ff. de A. R. D. L. 18. C.*

*de*

*de distr. pign.* Sin nemo emere velit, nova denuntiatione opus est; ea facta judex diem statuit, intra quem solvendum. Eo præterlapso creditori pro certo pretio addicitur pignus, ita tamen ut intra biennium adhuc liceat debitori offerre sortem cum usuris, & ita pignus luere. *L. ult.* §. 2. 3. *C. de jur. dom. impetr.*

§. CCCCLXVIII.

Idem thema paradoxum Justinianus noster demonstrat 2) exemplo *tutoris*, qui non est dominus rerum pupillarium, sed nudus administrator, & tamen eas aliquando recte alienare potest. Dicimus eum *aliquando* recte alienare. Distinguendum enim est inter bona immobilia & mobilia. Hæc, modo non sint pretiosa admodum & servando servari non possint, licite alienantur, *L.* 22. *C. de admin. tut. L. ult. C. quando decr. non opus.* Contra si sint immobilia & mobilia maximi pretii, alienatio licita non est, nisi accedente magistratus decreto. *L.* 22. *C. de adm. tut.* Exceptiones tamen notandæ, (a) si pater alienationem testamento permiserit, *L.* 1. §. 2. *L. ult. ff. de rebus eorum qui sub tut.* (b) Si alienatio fiat ex necessitate, e. g. quia æs alienum urget; quia socius ad divisionem provocat, si alius gaudeat jure retrovenditionis. *L.* 1. §. 2. *ff. eod.* His enim casibus omnibus tutor & sine impetrato magistratus decreto jure alienat.

## TIT. IX.

## PER QUAS PERSONAS CUIQUE ADQUIRITUR.

### §. CCCCLXIX.

Materiæ de modis adquirendi Justinianus intermiscet quæstionem de personis, per quas adquirimus, quæ & elegans & vere practica est. Ut vero rem clarius intelligamus, more nostro præmittimus axioma, ex quo sua sponte fluant conclusiones totius hujus doctrinæ. Illud tale erit: *Adquiritur nobis non solum per nos ipsos, sed & per res nostras.* E. g. nemo dubitat, quin mea sit pecunia, quam equi mei operis suis adquirunt; mea sit avicula, quam accipiter meus cepit &c. Demonstratio hujus axiomatis petenda ex allegato §. 354., ubi diximus accessorium sequi suum principale, adeoque quicquid vel naturæ beneficio, vel arte atque industria rei nostræ accedat, nostrum esse.

### §. CCCCLXX. CCCCLXXI.

Ex hoc ergo axiomate prono alveo fluit. 1) Quidquid adquirit servus noster, illud nobis adquiri. Servus enim jure nostro est res, §. 77.: per res nostras nobis adquiritur, §. 469; ergo per servos nostros nobis adquiritur, q. e. d. Posses objicere, servos tamen habuisse peculium, idque aliquando satis luculentum; habuisse etiam servos suos, qui *vicarii* diebantur: unde quidquid hi adquisiverint, id servis adquisitum esse. Sed respondemus, peculium servi indistincte fuisse profectitium: peculii profectitii dominium, proprietas & ususfructus erant penes dominum: itaque servis sola administratio permittebatur, & domino licebat, quandocumque vellet, sibi vindica-

care. *L.* 7. §. 1. *de pecul.* Exemplum elegans est apud Terent. in *Phorm. A.* 1. *Sc.* 1. *v.* 5. *seq.* ubi conqueritur servus, quidquid conservus suus vix unciatim de demenso suo comparsit miser, id universum auferre herum ejusque uxorem, haud existimantes, quanto labore partum esset. Manet ergo fixum & firmum, quidquid adquirebant servi, etiam dum genium suum defraudantes aliquid comparserant, id omne adquisitum domino fuisse. Ex quo porro 2) consequitur, ut si servus plures haberet dominos, omnibus adquireret pro rata, i. e. pro parte dominii, nisi unius speciatim jussu, vel uni speciatim aliquid stipulando adquisiverit, §. 3. *Inst. h. t.* Hinc e. g. fingamus, primum, secundum & tertium possidere servum communem: primi servum illum esse pro parte dimidia, secundi pro quarta, tertii itidem pro quarta parte: sane, si servus ille communis operis suis vel alio justo modo adquisiverit 1200. florenos, primo inde debebuntur 600, secundo & tertio singulis 300. Quamvis vero regula hæc vera sit, aliquando tamen dominorum non intererat per servos sibi aliquid adquiri; e. g. si servus meus adquisivisset 100. canes vel feles nullius pretii, mihi ego non multum gratularer hoc insigne lucrum. Hinc prudenter distinguebant Romani inter dominium, possessionem & hereditatem. *Dominium* servus domino adquirebat etiam ignoranti & invito, quia illud periculo carebat: *possessionem* nonnisi scienti & volenti, quia aliquando periculosa est possessio: *hereditatem* nonnisi jubenti, quia ea omnium periculosissima, propter latitans æs alienum. *L.* 44. §. 1. *ff. de A. R. D.* §. 3. *Inst. h. t.* Ceterum, quidquid hactenus diximus, ad veros servos nostros pertinet, quos tamquam res nostras habemus in dominio. Aliquando vero non habemus servum tamquam domini, sed tamquam usu fructuarii, i. e. non proprietas servi ad nos pertinet, sed ususfructus, §. 433. Aliquando etiam homo liber & ingenuus alii bona fide servit, quamvis injuste

in servitutem detrusus sit, veluti Josephum servisse novimus Putiphari. Hujusmodi revera non servus est, quamvis in servitute vivat, sed homo ingenuus, §. 41. 4. De servis itaque illis fructuariis & bona fide possessis jam quæritur, an usufructuario vel b. f. possessori adquirant? Resp. Distinguendum esse, (1) *an aliquid operis suis adquirant;* (2) *an e re nostra*, an (3) aliunde aliquid ad ipsos perveniat? Primo & secundo casu adquirunt usufructuario, vel b. f. possessori: tertio casu servus fructuarius proprietario, bona fide possessus sibi adquirit. E. g. in Sticho servo legatus mihi est ususfructus, fratri meo proprietas. Si ergo Stichus ille arte fabrili 100. flor. adquirit, illos mihi quidem adquirit, quia adquisivit operis suis: si thesaurum in fundo meo reperit, mihi eum adquirit, quia e re mea adquisivit: sin heres institutus acceperit 1000. Carol. eos non mihi, sed fratri meo adquirit, quia ii aliunde ad servum pervenerunt. Ita & Josephus Putiphari serviens quidquid per operas suas vel e re Putipharis adquisivit, secundum jus nostrum adquisivisset Putiphari: contra, si heres ab aliquo fuisset institutus, illam hereditatem sibi potuisset retinere, si tunc vel jus nostrum exstitisset, vel in Ægypto fuisset receptum. §. 3. *Inst. h. t.*

## §. CCCCLXXII. CCCCLXXIII.

Ex eodem axiomate nostro jam porro inferimus 2) etiam, quod *filiusfamilias* adquirit, id jure nostro omne eum adquirere debuisse patri suo, cujus in potestate erat sive per nuptias, sive per legitimationem, sive per adoptionem. Nam patria potestas consistebat in dominio juris Quiritium, §. 136. Ergo filiifamilias ratione patris non erant personæ, sed res, §. 135. Per res nostras nobis adquiritur, §. 469. Ergo per filiosfamilias nostros nobis adquiritur, q. e. d. Quod adeo verum est, ut Dionys. Hal. *L. VIII.* scribat:

Ro-

*Romanis filiis nihil proprii est vivis patribus, sed & pecunias & corpora liberorum patribus ad eorum arbitrium tradidit lex Romuli.* Hinc apud *Suet. Tib. c.* 15. Tiberius ab Augusto adoptatus nihil pro patrefam. egit, & neque donavit, neque manumisit, nec hereditatem quidem aut legata ulla aliter, quam ut peculium referret accepta, percepit. Cur vero? nisi quia per arrogationem factus fuerat filiusfamilias. Quum vero paullo durius hoc jus videretur, & morum veterum rubiginem paullatim extersisset sequentium temporum humanitas, regulæ huic accessit exceptio, nempe *peculium*: adeoque hodie dicendum omnia, quæ filiusfamilias adquirit, adquiri patri suo, salvo tamen ei peculio. Quare jam superest, ut de peculio agamus. *Peculium* dicitur a pecude, in qua olim maxime veterum facultates consistebant. Qui multum pecoris pascebat, censebatur dives: pauperis erat, numerare pecus. Inventi quidem postea fuerunt nummi, sed & his in memoriam pristini vitæ generis nomen *pecuniæ* a pecude dabatur; ut & in vetustissimis Romanorum numismatibus plerumque se sistit bovis, suis vel alius animalis imago. Quia ergo & quod parentes initio liberis suis vetustissimis temporibus reliquerant, plerumque in pecude procul dubio consistit, hinc & istud dictum est *peculium*. In jure nostro peculium definitur, quod sit pusillum patrimonium, quod filiusfam. vel servus a rationibus paternis vel dominicis separatum habet, *L.* 5. §. 3. *seq. ff. de pecul.* Et hinc homo sui juris non potest habere aliquid in peculio, sed in dominio: qui autem alieno juri subjecti sunt, possunt peculium possidere, veluti filii filiæve familias, servi & ancillæ; immo olim & uxores, quæ in manum convenerant, quia & hæ per nuptias transibant in potestatem mariti, §. 146. * Meminit hujusmodi peculii uxoris *Plaut.* in *Casin. A. II. Sc.* 2. *v.* 26. Hodie uxores non amplius sunt in mariti potestate, adeoque nec peculium habent. Servorum peculium mere profecti-

ctitium esse jam paullo ante monuimus. Reliquum ergo est, ut de peculio filiorum filiarumve fam. dicamus. Dividitur illud jure nostro in *militare* & *paganum*. Quicumque enim non militant, ii in jure nostro pagani adpellantur. Militare est vel *castrense*, vel *quasi castrense*. Paganum in *profectitium* & *adventitium* dispescitur. Jam de singulis agendum.

§. CCCCLXXIV. CCCCLXXV.

Peculium *militare* vocatur, quod occasione militiæ adquiritur. Quum vero militia in jure nostro sit vel *sagata*, quando quis militat armis & in castris, vel *togata*, quando quis militat in palatio & curia, *vid. L.* 14. *C. D. adv. div. jud.*, hinc aliud est peculium *castrense*, aliud *quasi castrense*. Illud est, quod adquiritur occasione militiæ sagatæ; hoc quod adquiritur occasione militiæ togatæ; ad quam hodie omnes artes liberales, adeoque non modo jurisprudentia, sed & theologia, medicina, mathesis, philosophia &c. referuntur. Probe autem attendendum ad verba definitionis. Non enim dicimus peculium castrense & quasi castrense, quod *per* duplicem illam militiam consequimur, sed quod *occasione istius* adquirimus. Ergo 1.) ad peculium castrense non modo pertinet stipendium menstruum, prædaque ab hoste capta, sed & quod pater filio militatum eunti donavit ad comparandam supellectilem militarem, itemque quod filiofam. ex hereditate vel legato commilitonis obvenit, vel quod pecunia castrensi sibi emit. Omnia enim hæc occasione militiæ sagatæ adquisita sunt *L.* 11. *ff. de castr. pecul. L.* 4. *ff. L.* 4. *C. eod.* Similiter 2) ad peculium quasi castrense non solum pertinet quidquid per artes liberales filius adquisivit, e. g. salaria & honoraria, quæ tamquam advocatus, medicus, professor accepit, sed & sumptus studiorum a patre acceptos, modo hic illos animo donandi dederit, immo & donata a principe vel augusta, quia & hi ob ingenii præstantiam & bene

ne merita donasse intelliguntur. Omnia, inquam, hæc ad peculium quasi castrense pertinent, quia occasione istius militiæ togatæ sunt adquisita. *L. ult. C. de inoff. testam. L. 7. C. de bon. quæ lib.*

## §. CCCCLXXVI. CCCCLXXVII.

Tale est peculium militare. Quidquid extra militiam filius adquirit, id pertinet ad peculium *paganum*. Et quidem, si quid ad filium *e re patris* vel *comtemplatione* patris pervenit, id vocatur *profectitium*: si quid aliunde, quam a patre, e. g. a matre, vel ab extraneo, ad filium pervenit, id *adventitium* adpellatur: quo etiam refertur quidquid filius vel proprio labore, puta, per artes illiberales, e. g. per artem sutoriam, sartoriam, fabrilem aliudve opificium, nec non quidquid prospera fortuna, e. g. per inventionem thesauri in loco alieno &c. adquirit, §. 1. *Inst. h. t.* Nihil hoc obscurum, præterquam quod & ea retulimus ad peculium profectitium, quæ contemplatione patris filio obvenerunt. Id vero ita intelligendum, quod si filio quid datur, donatur, legatur ab extraneo quidem, sed propter patris merita, id omne æque ad peculium profectitium pertineat, ac si e re patris profectum fuisset. E. g. si ego amico in foro operam navassem, isque mihi offerret honorarium, quod ego respuo: amicus autem illud, quod mihi destinaverat, filio meo donaret, perinde hoc futurum esset in filii mei peculio profectitio, ac si ego illi donassem, quia contemplatione mei ad eum pervenit.

## §. CCCCLXXVIII.

Hactenus tantum didicimus definitiones peculii castrensis, quasi castrensis, profectitii, adventitii. Jam pergendum ad jura singulorum, adeoque dispiciendum erit quid juris in singulis peculiis habeat filius, quidve patri competat? Id vero optime explicabitur aliquot regulis. *Peculium*

ca-

*castrense & quasi castrense pleno jure est filii, pr. Inst. quib. non est perm. fac. test.* Hæc regula nondum obtinebat tempore liberæ reipublicæ, quia tunc adhuc recepta erat lecta militia, & unusquisque civium certos annos militare tenebatur, adeoque nondum opus erat eximiis quibusdam privilegiis hom'nes ad militandum invitare. At Augustus, probe gnarus militiam lectam quidem liberæ reipublicæ, at non principatui quadrare, primus invenit militiam mercenariam, & milites mercede vel stipendio undecumque conduxit. Ut ergo homines eo libentius nomina darent militiæ, varia ex eo tempore militibus concessa fuere privilegia, & inter hæc etiam illud, quod peculium castrense sibi pleno jure adquisituri sint, quamvis sint filiifamilias. Viguit hoc privilegium militum jam sub Vespasianis, sub quibus Juven. *Sat. XVI. v.* 52. *Solis præterea testandi militibus jus vivo patre datur; nam quæ sunt parta labore militiæ, placuit non esse in corpore census, omne tenet cujus regimen pater.* Paullo post a temporibus Hadriani & Antonini Pii id jus etiam ad peculium quasi castrense porrectum est, ceu demonstravi in *Ant. Rom. h. t.* §. 2. *p.* 334. Ex hac vero regula jam luculentur patet, 1) patrem in hisce peculiis neque administrationem, neque usumfructum, neque dominium, sed filium omnia hæc jura conjunctim habere. 2) Hunc ratione hujus utriusque peculii haberi pro patrefamilias, *L. 2. ff. de SCto Maced.*; adeoque 3) de illo testamentum condere & inter vivos disponere, adeoque donare, vendere, & quocumque titulo alienare posse, quum alias filiusfamilias vivo patre numquam testari possit, si vel maxime id ei pater expresse permittat. *L. 6. pr. ff. qui test. fac. poss. pr. Inst. quibus non est perm. test. fac.*

§. CCCCLXXIX.

## §. CCCCLXXIX.

De profectitio peculio jam sequitur regula II. *Illud pleno jure patris est, adeoque filius in eo nihil habet praeter administrationem*, ut industriam suam exerceat, §. 1. *Inst. h. t.* Ratio in promptu est. Filius ratione patris non est persona §. 135., adeoque pater & filius habentur pro una persona in negotiis privatis, §. 139. 6; quumque una persona non possit pactum secum ipsa inire, §. 139. 7., sequitur ut pater filio donare non possit, §. 458. 2. Si pater filio donare non potest, non potest etiam dominium donata re in filium transferre. Si dominium rei donatæ non transfert, ipse manet ejus dominus. Ergo quicquid e re patris ad filium proficiscitur, illius dominus pater manet; q. e. d. Quum itaque in hoc peculio dominium & usumfructum habeat pater, posset aliquis existimare illud plane inutile esse filio? Sed respondeo, aliquam tamen filio superesse utilitatem, & quidem duplicem. Nam 1) si pater delictum tam enorme admisit, ut bona ejus omnia publicentur, vel fisco addicantur; quale quid hodienum fieri solet, si quis criminis perduellionis, vel læsæ majestatis condemnetur. *L.* 5. *C. ad leg. Jul. maj:* tunc filio non aufertur hoc peculium, quamvis itidem ad bona paterna pertineat *L.* 3. §. 4. *ff. de minor.* 2) Si pater filium emancipet, eique illud peculium expresse non adimat; quod potest sane, si velit: tunc illud pleno jure filio adquiritur. *L.* 31. §. 2. *ff. de donat.*

## §. CCCCLXXX. CCCCLXXXI.

Multo utilius filio est peculium adventitium, de quo notanda reg. III. *Peculii adventitii proprietas ordinarie penes filium, ususfructus, & administratio penes patrem est* §. 1. *Inst. h. t.* Ergo hic ordinarie aliquid habet pater, nempe usumfructum & administrationem; aliquid etiam filius, nem-

nempe proprietatem. Sic e. g. si filius habet bona materna 20000. flor., & inde quotannis usuræ percipiantur 1000. flor., illas usuras percipiet pater, ipsa sors 20000. fl. filio manebit. Diximus *ordinarie* ita se rem habere, nam aliquando aliter se habet. Et hinc peculium hoc adventitium dividitur in *ordinarium* s. *regulare*, quando filius proprietatem, pater usumfructum habet: & *extraordinarium* s. *irregulare*, quando filius omnia, pater nihil habet. Hoc contingit 4. casibus: 1) si filius renuente patre hereditatem adiit; 2) si filio ea conditione donatum vel legatum, ut nihil inde ad patrem perveniat; 3) si pater & filius sint coheredes: quod contingit, quoties aliquis moriens nullos liberos, sed patrem & fratrem germanum relinquit. E. g. (Fig. 50. Tab. II.) moriente secundo heredes erunt pater primus, & frater germanus tertius, & si reliquerit 20000. Carol. pater accipiet 10000, frater germanus 10000. Sed in his pater usumfructum non habebit. 4) Si pater in bonis filii dolose versatus sit; tunc enim omnem usumfructum amittit. Ceterum posset aliquis existimare inter peculium castrense & adventitium irregulare nullum esse discrimen. Sed differunt tamen quam maxime. Nam in castrensi & quasi castrensi peculio filium loco patrisfam. esse, & hinc testamentum condere posse diximus: id non potest filius in peculio adventitio s. extraordinario, quamtumvis habeat dominium.

## §. CCCCLXXXII.

Superest quæstio, an & per alium quam servum, & filium nostrum possimus adquirere? Idque negatur ob idem axioma nostrum §. 469. Potius observanda regula, *alii per alium adquiri nequit*. Hinc e. g. si ego ita stipularer, *tunc fratri meo dabis centum*, & alter responderet *se daturum*, ex hac promissione nec ego actionem haberem, nec frater. Non ego, quia mihi nihil promissum: non frater, quia cum illo non contra-

ctum

ctum est. Vid. §. 4. *Inst. de inut. stipul.* Attamen cum alter alteri mandari possit, ut hoc vel illud faciat, merito recepta est regula, *per procuratorem nostrum ex mandato nostro & dominium & possessio nobis adquiri potest* §. 5. *Inst. h. t.* Mandatum enim efficit, ut quod per alium fecimus, id ipsi fecisse videamur. Hinc e. g. si mandavi patri, ut mihi emat ædes, harum ædium dominium & possessio, modo frater eam adprehendit, æque mihi adquiruntur, ac si ipse emissem & adprehendissem possessionem.

## *TIT.* X.

## DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

### §. CCCCLXXXIV. CCCCLXXXV.

Sequitur jam materia pulcherrima de testamentis, cujus nexus cum superioribus capitibus erit paullo adcuratius expendendus. Agere supra cœpimus de *modis adquirendi dominium*. Eos divisimus in *naturales & civiles*, §. 340. Naturalium erant tres, *occupatio*, *accessio*, & *traditio*, de quibus Tit. I. hujus Lib. II. §. 342. seqq. actum. Civiles supra divisimus in *singulares*, quando tantum rem singularem adquirimus, non autem in omne jus antecessoris transimus: & *universales*, quibus ita adquirimus, ut in omne alterius jus transeamus. Sic e. g. emptor, quia non transit in obligationes, & jura venditoris, vocatur *successor singularis*; contra, heres est *successor universalis*, quia & jura & obligationes defuncti in eum devolvuntur. Singularium adquirendi modorum erant quatuor, §. 437. *usucapio*, de qua actum Tit. IV. *donatio*, de qua Tit. VII. *legatum* & *fideicommissum*, de quibus jam esset agendum. Sed placuit Justiniano de legatis, & fideicommissis demum post materiam de testamentis agere. Et hinc transit ad modos adquirendi universales,

quo-

quorum primus & præcipuus est *hereditas*, §. 336. Per HEREDITATEM hic intelligimus successionem in omne jus, quod defunctus habuit, *L.* 24. *ff. de V. Sig. L.* 62. *ff. de R. J.* Ea vero duplex est: vel *ex testamento*, quando quis ab ipso defuncto ad hanc successionem vocatur; vel ab *intestato*, quando quis ab ipsa lege ad successionem vocatur. Tertia species non datur jure nostro Rom. §. 6. *Inst. per quas pers. cuique adqu.* E. g. mortuo Carolo II. Rege Hispaniæ, duo se pro heredibus gerebant, Philippus dux Andegavensis, quem Carolus moriens testamento ad hereditatem vocaverat; & Carolus Austriacus Imperator, quem lex tamquam proximum agnatum vocabat, quia testamentum illud nullum judicabatur. Philippus ergo volebat heres esse ex testamento, Carolus ab intestato. Sed quæritur, an non detur etiam tertius succedendi modus per *pactum?* Sane potentissimæ familiæ, Saxonica, Brandeburgica & Hassiaca inter se inerant pactum, quod vocant *confraternitatem*, (*eine Erbverbruderung*), quo cautum, ut si prius extinguatur Saxonica domus, ei succedant Hassi & Brandeburgici, ita ut Hassi accipiant Electoratum & Misniam; Brandeburgici Thuringiam: si Brandeburgica familia exaruisset, electoratum Hassi cum Marchia electorali, alteram partem Saxones acciperent: denique extincta gente Hassiaca Saxones & Brandeburgici terras æqua lance inter se dividerent. Hic habemus sane exemplum successionis per pactum. Simile fuit olim inter Brandeburgicos & duces Pomeraniæ, quod tam feliciter cessit prioribus, ut pinguissimum istum ducatum, mortuo ultimo duce, adquirerent. Simile etiamnum est inter Brandeburgicos & Mecklenburgicos duces, quamvis id non sit reciprocum. Nam si extinguatur familia ducum Mecklenb. succederent Brandeburgici, qui ideo jam titulum & insignia Mecklenb. ferunt: non autem emortua Brandeburgica gente succederet Mecklenburgica; cujus pacti inæqualis ratio ex jure publico discenda est. Quum ergo tot pa-

cta

cta successoria in historiis occurrant, procul dubio illa erunt licita? Sed respondemus, quamvis ea jure Germanorum vetere non fuerint illicita, & etiamnum iniri possint inter principes, ea tamen non tolerari jure Romano, quod illa plane rejicit. Hinc Justinianus ea vocat *odiosa & plane tristissimi eventus L.* 30 *C. de pact. contr. bon. mor. fact.* Julianus *L.* 61. *ff. de V. O.* & Dioclet. & Maximianus *L.* 4. *C. de inutil. stip.* Papinianus quoque in *L.* 59. §. 2. *ff. de donat.* eleganter ejusmodi paciscentes ait *adversus bonos mores & jus gentium festinare*; & Ulpianus denique *L.* 2. §. 2. *ff. de vulg. & pup. subst. eum improbum esse*, adfirmat, *qui solicitus sit de vivi hereditate.* Omnia ergo hæc testimonia satis indicant, non valere jure nostro pacta successoria. Rationes sunt duæ. 1) Quia inde paciscentibus magnum imminet periculum. Nam is, qui se scit heredem fore, modo alter prior obierit, habere mallet hereditatem quam expectare, adeoque facile eum improbitas subiget, ut veneno illi struat insidias. Et hinc est, quod Justinianus ea pacta vocat odiosa, & plena tristissimi eventus. 2) Quia ita fier, ut privati voluntas tolleret leges de successione; quod fieri non posse ex *L.* 38. *ff. de pact.* novimus: ergo omnia pacta successoria in universum rejiciunt leges, voluntque, ut quis vel ex testamento vel ab intestato heres fiat, & ita quidem ut successio testamentaria anteferatur successioni ab intestato, & quamdiu successor ex testamento speratur, ab intestato heredibus locus non detur. *L.* 39. *de adqu. vel omitt. her.*

## §. CCCCLXXXVI.

Sed hic nova nascitur dubitatio. Si enim verum est, jus publicum, privatorum pactis mutari non posse, *L.* 38. *ff. de pact.*, quomodo permitti potuit privatis, ut testamenta conderent, & contra leges de successione ab intestato privata voluntate heredem sibi scriberent quemcumque vel

lent

lem? Non est hoc dubium sane de nihilo, sed illud tamen eleganter & facile nobis eximit v. a. Corn. van Bynckersh. *Obs. L.* 2. *c.* 2. Nimirum negamus antiquissimam testandi rationem in privata voluntate constituisse. Sane ex §. 1. *Inst. h. t.* discimus, olim testamenta facta esse *in comitiis calatis*. Calare veteribus erat convocare, a græco καλεῖν, vocare. Convocatis itaque comitiis magistratus rogabat populum, velintne, jubeantve, ut hic illi tam jure legeque heres sit, ac si filius ejus proximusve heres esset? Hinc populus ibat in suffragia, & si plures curiæ huic rogationi assensi essent, ille erat heres. Jam quæro, quid testamentum hujusmodi aliud fuit quam lex publica? Sane, etiam *legem* apud Romanos fuisse, quam populus Romanus senatorio magistratu interrogante in comitiis constituit, supra ostendimus §. 46. Itaque si civis Romanus in comitiis calatis testamentum condiderat, non mutabat jus publicum de successione agnatorum per voluntatem privatam, sed lex per novam legem tollebatur; id quod fieri posse nemo dubitat. Ceterum jam etiam facile reddere possumus rationem, cur tot ambagibus opus visum fuerit Romanis, si quis testamentum condere vellet. Nimirum receperant illi regulam juris, *nihil tam naturale est, quam eodem genere quidque dissolvi, quo colligatum est. L.* 35. *ff. de R. J.* Jam cum successio proximorum agnatorum lege esset introducta & stabilita, non aliter dissolvi, tollique poterat quam nova lege. Ergo testamenta erant leges; quumque hæ moribus Romanis tantum in comitiis fieri possent, sequebatur, ut & testamenta conderentur in comitiis calatis.

## §. CCCCLXXXVII. CCCCLXXXVIII.

Enimvero mox Romanos tæduit harum ambagum. Quam molestum enim erat, testamenti conficiendi caussa totum populum Romanum convocare, remque ejus suffragiis submittere! Accedit,

dit, quod ita semper heres institutus cuivis notus fuerit, & hinc facile contingere idem potuerit, quod paullo ante de pactis successoriis diximus, nimirum ut heres habere mallet hereditatem quam exspectare, & hinc testatori veneno strueret insidias. Quum itaque has ob caussas molestissima essent testamenta in comitiis calatis facta, aliud genus invaluit PER AES ET LIBRAM. Meminit ejus Imp. §. 2. *Inst. h. t.*, meminit *Gellius Noct. Att. XV.* 26.; sed illud nemo adcuratius descripsit *Ulpiano Fragm. tit. XX.* §. 9. Observat hic in hac testamenti factione duas res actas, *familiae mancipationem* & *heredis nuncupationem.* Illa fiebat 1) convocatis quinque testibus, civibus Rom. 2) Lipripende, qui libram aeneam tenebat, 3) antestato, qui praesentium testium tangeret auriculas, eosque moneret, ut memores essent; ac denique 4) familiae emptore, qui heredem repraesentaret, & familiam, i. e. hereditatem emeret in speciem. Itaque primo omnium familiae emptor nummulum injiciebat in lancem librae aeneae, dicebatque, *hanc familiam hereditatemve suam esse, quia illi empta sit hoc aere, hac aeneaque libra.* Deinde testator eam in jure emptori cedebat, & sic sequebatur heredis nuncupatio. Nam testator sublatis manu signatis tabulis, quibus ultimam suam voluntatem inscripserat; addebat verba sollemnia, *haec uti in his tabulis cereis scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium praebitote.* Denique antestatus tangebat testium praesentium auriculas, eosque totius actus memores esse jubebat. Cur vero hi novi ritus inventi? Ratio haec est. Per pacta successoria non transferri posse hereditatem superioribus §§. diximus. Quum itaque lege XII. Tabb. cautum esset, *paterfam. uti legassit de pecunia tutelave suae rei, ita jus esto:* JCti, qui actiones legis excogitabant, solliciti erant de ritu, quo quam commodissime hereditas vel familia in alterum transferri posset. Itaque quum viderent hereditatem, tamquam rem pre-

pretiosissimam, esse rem mancipi, §. 330. * res mancipi autem vendi tradique solere per ritum mancipationis: collegerunt inde, hereditatem quoque illo ritu transferri posse. Et hinc hoc testamentum erat nihil aliud, quam venditio sollemnis imaginaria. Imaginariam voco emptionem venditionem. Nam nec justum pretium solvebatur, sed nummulus: & emptor hereditatem non adquirebat, sed heres in tabulis æneis scriptus.

## §. CCCCLXXXIX.

Hoc testamentum diutissime in usu fuit. Nam Ulpianus *Frag. T. XX.* §. 2. sua ætate, i. e. temporibus Alexandri Imp., illud unum in usu fuisse testatur. Sed interea tamen prætor aliud plane invenerat testamenti genus, quod *prætorium* dicebatur, & nihil aliud requirebat quam septem signa. Si non minus quam septem testes annulis suis signassent tabulas: prætor secundum eas non quidem hereditatem dabat, id enim non poterat: sed *bonorum possessionem*, quæ in effectu ab hereditate nihil differebat. Meminit hujus testamenti prætorii Justinianus noster §. 2. *Inst. h. t.* Fuisse tamen illud antiquissimum, ex Cicerone in *Verr. Orat. I. c.* 45., ubi ipsum prætoris edictum occurrit.

## §. CCCCXC.

Sed cur hæc omnia ex antiquitatibus & historiis copiose enarravimus, quum tamen hodie nec in calatis comitiis, nec per æs & libram, nec more prætorio testamenta condere soleamus? Nonne hoc est in antiquis fabulis morari? Minime vero. Ipse Imp. Justinianus easdem testamentorum species recensuit, & ne quis existimaret illam recensionem esse frustraneam, ipse monuit, *nihil antiquitatis hic penitus nos ignorare debere.* Ratio hæc est, quia ex testamentis his diversis unum ac novum genus conflatum est; quod

quod paullo post describemus. In illo quædam sunt, quorum ratio reddi non potest, nisi ab eo, qui veterem illam testamenti factionem in comitiis calatis, & per æs & libram probe perspectam habet.

His ergo præmissis, ad rem ipsam progredimur, & quidem ad *definitionem*, *divisionem* & *sollemnitates testamentorum*. Definitio hoc ipso §. tradita facile intelligitur. TESTAMENTUM est *voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem fieri velit*. Dicimus 1) esse *sententiam voluntatis*. Nam qui vel non possunt voluntatem de rebus disponendis habere, veluti impuberes, non magis testari possunt, quam qui voluntatis suæ sententiam declarare & explicare nequeunt, veluti surdi & muti, infantes &c. Dicimus porro 2) esse *justam* sententiam voluntatis nostræ, ut discernatur testamentum a codicillis. Hi enim etiam sunt voluntatis nostræ sententia, sed non justa, quippe omnibus sollemnitatibus destituti. *Justa* ergo hic significat sollemnem, in qua omnia requisita, quæ lex exigit, observata sunt. Additur 3) *de eo*, *quod quis post mortem suam fieri velit*, i. e. de universis bonis. Simulac enim quis tantum de rebus aliquot singularibus disponit, & neminem heredem instituit, non condidisse censetur testamentum, sed codicillos. Testamentum ergo debet continere dispositionem de universis bonis, ut sciamus quis heres futurus, & in omnia defuncti jura successurus sit.

## §. CCCCXCI.

Jam facile etiam patet, quotuplex sit testamentum. Diximus esse justam voluntatis nostræ sententiam: illam voluntatem nostram declaramus aut scriptura, aut viva voce: si scriptura, testamentum hoc erit *scriptum*; sin posterius, *nuncupativum*. In hoc autem considerandum non quid notarius faciat, sed quid intenderit testator. Si ille voluit in scriptis testari, testamentum erit scri-

scriptum, quamvis etiam testibus obiter enarraverit, quid in tabulis illis disposuerit. Contra, si ejus intentio sit viva voce nuncupare heredem, manet testamentum hoc nuncupativum, quamvis notarius memoriæ caussa hanc nuncupationem in chartam conjiciat. *L. ult. C. de testam.* Jam sequuntur aliquot axiomata, quæ facile intelliguntur. I) *Potest unusquisque vel scripto testari; vel per nuncupationem.* Emundus Merillus, JCtus eximius, *Obs. l. II. c.* 1. *& l. IV. c.* 39. excipit mulieres, quas nonnisi nuncupative, non autem per scripturam, testari potuisse contendit. Sed sane scriptorum a mulieribus heredum mentio fit in jure nostro *L.* 19. *ff. de off. test. L.* 37. §. 6. *ff. de legat.* 1. *L.* 3. *C. de inoff. test. L.* 33. *ff. de vulg. & pup. subst.* Imo & apud *Suet. Galb. c.* 5. *& Plin. l. II. ep.* 20. Itaque in errorem hunc prolapsus & laudatissimus Merillus ob *L.* 77. §. 24. *ff. de legat.* 2., quem tamen ita explicavimus in Comment. n. ad *L. Jul. & Pap. l. II. c. XI. p.* 240., ut non opus futurum sit hic quicquam addere. II) Alterum axioma est, *testandum esse de universitate omnium bonorum*, & III) *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere.* Quod adeo verum est, ut in *L.* 7. *ff. de R. J.* dicatur, naturalem harum rerum inter se pugnam esse, testati & intestati. Hinc e. g. si quis heredem aliquem institueret in 10. fl. non adderet autem quis reliqua bona habiturus sit, is accipiet universa bona, qui in 10. fl. scriptus est heres, quia nemo pro parte testatus, pro parte intestatus potest decedere. IV) *Nemo potest cum duobus pluribusve testamentis decedere. L.* 19. *C. de test. mil.* Ratio in promptu. Testamentum est ultima voluntas; voluntas hominis est ambulatoria usque ad mortem; si ergo recentius extat testamentum, prius non continet ultimam voluntatem, adeoque rumpitur per posterius, quemadmodum prior lex per posteriorem tollitur. Obiter hic quæri potest, cur in ultimis voluntatibus valeat regula: *voluntas hominis est ambulatoria usque ad mortem*, quum

quum tamen non procedat in contractibus? Nam sane si a venditione recedere velim ideo, quod mutarim priorem voluntatem, risu exciperer. Sed discriminis ratio in hoc sita est. Ultimæ voluntates sunt unilaterales, solitariæ, ex quibus nemini jus, sed spes tantum nascitur. At contractus sunt actus bilaterales, duorum in idem placitum consensus, ex quo non spes, sed jus alteri quæritur, quod ei per meam sententiam adimi nequit. V.) *Integritas mentis requiritur in eo, qui testamentum condit. L. 2. ff. qui test. fac. poss.* Quomodo enim declararet ultimam voluntatem, & animi sui sententiam qui rationis usu destituitur, & nescit quid vel cogitet vel velit? Ex quo facile patet, nec furiosum, nec mente captum, nec infantem testari posse; uti infra Tit. XII. videbimus.

## §. CCCCXCII.

Ex eadem definitione testamenti, quod *justa* sit animi nostri sententia, fluit jam axioma VI. *sollemnitates omnes in testamento esse observandas, quas leges exigunt.* Si vel una omittitur, testamentum est *injustum* vel *nullum*, *L. 1. ff. de injust. rupt. irrit. test.* Sollemnitates enim introduxere leges; jus publicum vel leges privati voluntare non mutantur; *L. 5. C. de leg.* Hinc quamvis in *L.* 88. §. 17. *ff. de leg.* 2. Lucius quidam Titius in suo testamento ita scripsisset: *Lucius Titius hoc testamentum meum scripsi sine ullo juris perito, rationem animi mei potius sequutus quam nimiam & miseram diligentiam, & si minus aliquid legitime minusque perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas:* tamen non valuit testamentum illud, & additur ejus intestati bonorum possessionem petitam esse. Ceterum *sollemnitates* sunt essentialia quædam requisita, quæ leges in testamento omitti nolunt; suntque vel *internæ*, quæ ad testamenti *materiam* sic. *objectum* pertinent. Ratio, cur tot sollemni-

tates requirant leges, non alia fuit, quam quia nulli rei magis inhiant homines, quam hereditati, adeoque etiam nihil pluribus fraudibus & nequitis obnoxium est, quam testamentum. Ut ergo istis malis artibus obex poneretur, tot sollemnitates, tot testes, tot ritus requirunt jura nostra, ne admodum facile sit testamentum fingere, falsare, corrumpere. Diximus hanc in tem plura in *Orat. n. inaugurali de jurisprudentia veterum formulari ritibusque, quibus negotia civilia explicabant, sollemnibus*, Franequeræ sub auspicium muneris nostris habita.

## §. CCCCXCIII.

Sed progredimur ad ipsas sollemnitates, & quidem 1) *internas*. Earum una tantum est, nempe *heredis institutio*. Illa enim ubi deest, vel non valet, totum testamentum corruit; unde & in §. 34. *Inst. de legat.* heredis institutio eleganter vocatur *caput & fundamentum totius testamenti*. Et sane cum testamentum repertum sit, ut quis testetur de universis bonis suis §. 490; is autem, qui in universis bonis succedit, heres sit: facile patet, heredis institutionem in testamento numquam esse omittendam. Hinc si quis condito testamento leget 1000. fratri, 10000. patrueli, Titio bibliothecam, Mævio agros, domum, prædia, & sic ea legata & fideicommissa relinquat, neminem autem heredem scribat, sane non condidit testamentum, sed codicillos fecit. Sed quæritur, quomodo heres sit instituendus? In jure nostro præcise requiruntur verba imperativa, vel æquipollentia. *Titius heres esto; Titium heredem esse volo.* Hinc si quis ita scripserit, *Titium heredem meum rogo, ut hereditatem Sempronio restituat*, Sempronius non erit directus & civilis heres, sed fideicommissarius, quia nulla hic sunt verba imperativa & directa. Ratio, cur hujusmodi verba imperativa exigat jus nostrum, est inde repetenda, quia olim testamenta fiebant in comitiis ca-

la-

latis, adeoque erant leges §. 486; leges autem non scribuntur verbis precativis, sed imperativis *hoc facito*, *hoc ne facito*. Jam ergo facile intelligimus 1) cur *testari* in XII. Tabb. significet *legare* a lege, quia legis modo aliquid testamento relinquimus, ut ait *Ulpian. in Fragm. Tit. XXIV.* §. 1. 2.). Cur toties hereditatis institutio dicatur *νομοθεσία*, legislatio, a *νόμος*, lex, loca ex Polybio & Chrysostomo in scholio * allegata docent.

## §. CCCCXCIV.

Transimus ad sollemnitates *externas* ad formam testamentorum pertinentes, quarum plures sunt. In his 1) prima est *unitas contextus*. Dicitur autem testamentum uno contextu fieri, (1) si omnes sollemnitates uno eodemque tempore peraguntur, ipseque testandi actus non interrumpitur. (2) Si hoc agitur, i. e. testamentum conditur, nec alius actus immiscetur. Hinc si hodie tres, cras quatuor testes scribant vel signent, testamentum non valet, quia non est uno contextu factum. *L.* 28. *C. de test.* Ita &, si testator incipiat testari & ultimam voluntatem eloqui, deinde actum hunc ita interrumpat, ut cum uno ex testibus præsentibus contractum aliquem celebret, ac eo perfecto iterum pergat in testamenti factione, nihil egit, quia unitas contextus deest. *L.* 20. *ff. de V. S.* Sed quod ad prius attinet, id intelligendum civiliter. Si enim testatori vel testi accidat impedimentum aliquod breve & momentaneum, e. g. si testator animi deliquium patiatur, vel testem natura urgeat: non ideo statim testandi actus interruptus censetur, *L.* 28. *C. de testam.* Sed cur hæc tam superstitiose exigit jus nostrum? Rationem denuo vides ex testamenti factione in comitiis calatis. Comitiis interruptis vel per sinistra auspicia, vel per morbum comitialem, vel per intercessionem tribuni plebis, aut magistratuum, quidquid in illis actum erat, perinde non valebat, ac si actum

esset nihil. Ad imitationem hujus ritus etiam testamenta, quamvis non amplius in comitiis calatis fierent, uno tamen contextu fieri volebant. Diximus in cit. *Orat. inaugur.*

## §. CCCCXCV.

Altera sollemnitas externa erat 1) *præsentia 7. testium.* Præcise nimirum requirebantur (1) septem testes, non ex mystica quadam ratione, sed ut repræsentarentur personæ in testamentis per æs & libram adhibitæ, nempe quinque testes, libripens, antestatus. Familiæ enim emptor heredem repræsentabat. 2) Testes debebant esse *rogati*, non ergo obiter & fortuito si septem homines adsint, sufficit, sed rogandi & certiores faciendi sunt, quod testator velit testamentum condere, & hinc eos rogatos velit, ut adsint & subscribant. At cur hoc? Denuo recurrendum ad testamenta in comitiis calatis facta. Nam & in illis opus fuisse rogatione solemni, *velitis, jubeatis, Quirites*, jam supra monuimus, §. 487. Hanc sollemnem rogationem repræsentare nunc debet illa testium præsentium rogatio. 3) Debent etiam testes testatorem *videre*, *L. 9. C. de test.*, quod ipsa recta ratio exigere videbatur. Quam facile enim aliquis in lectulo jacens testatoris jam mortui vocem mentiri, & se ipsum vel alios, quibus bene cupit, heredem scribere posset, nisi testes viderent testatorem! Unde noctu luminibus opus est; & si velis circumdatus sit lectus, illa quoque aperienda sunt. 4) Debet cum testibus esse *testamenti factio.* Hæc regula expresse habetur in §. 6. *Inst. h. t.* eamque alii explicant de testamenti factione activa, alii de passiva, alii de utraque; unde Theophilus hanc regulam hac paraphrasi illustrat *qui & a nobis heredes institui & nos instituere possunt, ii & testes esse queunt.* Sed quocumque sensu accipias regulam, ea falsa erit. Si intelligis testamenti factionem activam, obstabit tibi exem-
plum

plum mulieris, quæ testari potest, nec tamen testis est habilis in testamento. Sin interpretaberis regulam de passiva testamenti factione, obstabit non modo mulier, sed & servus, infans, impubes, qui heredes recte instituuntur, nec tamen testes adesse possunt testatori. Denique si utramque testamenti factionem conjungas, denuo obvertam tibi mulierem, quæ & testari & heres institui potest, & tamen, ut dixi, est testis inhabilis. Quare regula intelligenda est de testamenti factione vetere in comitiis calatis, ut sensus sit, *quicumque olim testamenti factionem habebant in comitiis calatis, ii possunt & hodie testes in testamentis adhiberi.* Sic sane vera est regula: & hinc facile reddimus rationem, cur testis esse nequeat (a) *mulier*, §. 6. h. t. (b) *impubes*, (c) *servus*; *L.* 20. §. 6. 7. *ff. qui test. fac. poss.* (d) *furiosus*, (e) *surdus & mutus.* Nam hi omnes non magis participes erant juris comitiorum, quam prodigi, qui furiosis æquiparantur. Propter alias rationes non admittuntur (f) *cæci*, quia testatorem videre nequeunt; quod necessarium esse paullo ante diximus. (g) Ob carmen famosum damnati in pœnam, quia tanta est hominum illorum turpitudo atque infamia, ut illis nihil omnino merito credatur. Quæstio a Domitio Labeone Juventio Celso JCto proponitur; an & is qui testamentum scripsit, veluti hodie notarius vel tabellio, possit tamquam testis signare? *L.* 27. *ff. qui test. fac. poss.* Sed Celso tam valde stolida videtur hæc quæstio, ut inde JCti omnes quæstiones stolidas, & ubi ratio dubitandi deest, vocare soleant *quæstiones Domitianas.* Denique 6) hos septem testes oportet *nec testatori nec heredi conjunctos esse per vinculum potestatis.* Sane enim si pater testamentum conditurus testes adhiberet filios suos, vel si testator Mævium instituturus filios Mævii testes rogaret, testes hi essent in propria caussa. Nam omne hoc negotium inter heredem & testatorem geri intelligitur, pater vero & filius in jure nostro pro

eadem persona habentur, §. 139. 6. Ex quo porro inferimus (a) multo minus heredem ipsum testem esse posse: non autem (b) prohibitum esse legatarii testimonium, §. 10. 11. *Inst. h. t.* nec (c) id nocere, si ipsi testes inter se conjuncti sint, adeo ut & septem fratres recte testimonium in testamento dicant, & pater cum filio eidem subscribant testimonio, modo nec cum testatore, nec cum herede sint conjuncti, §. 8. *Inst. h. t.*

## §. CCCCXCVI.

Duæ, quas hactenus explicavimus sollemnitates, in nuncupativo æque ac scripto testamento requiruntur. Jam sequuntur quædam in solis testamentis scriptis observanda. Nempe requiritur III.) vel *scribat* testator testamentum, vel ei *subscribat*. Si ipse scribit sua manu, testamentum vocatur *ὁλόγραφον holographum*: sin a tabellione scriptis tabulis subscripserit, æque ac holographum ratum est. Quid si vero testator scribendi sit imperitus? Tunc *octavum* testem adhibere debet, qui ejus nomine subscribat, *L.* 28. §. 1. *C. de test.* Id enim generale est, quotiescumque defectus aliquis in testatore est, ut sollemnitatem aliquam ipse expedire nequeat, adhibendum tunc esse testem supernumerarium. Exemplum aliud infra videbimus in testamento Cæci §. 518.

## §. CCCCXCVII.

Progredimur ad IV. s. ultimam sollemnitatem, quæ est *testium subscriptio & subsignatio.* Subscriptio fieri debet proprio cujusque chirographo, ut adpareat, quis cujusque testamento subscripserit, *L.* 30. *ff. qui test. fac. poss.* Quid si unus ex testibus sit *ἀναλφάβητος*, adeoque scribere nequeat? Tunc quidam permittunt, ut unus ex contestibus pro alio subscribat, sed male. Nam ex *L.* 31. *C. de test.* discimus, tantum in testamentis rusticorum id concessum esse, ut unus testis

pro

pro altero subscribere possit. In civitatibus, ubi hominum non est inopia, adhibendi sunt homines habiles, adeoque & scribendi artis periti. Quod ad *subsignationem* attinet, perinde est sive suo, sive alieno annulo signent testes, adeo ut & omnes uno annulo signare possint, §. 5. *Inst. h. t.* Hodie nullum est dubium, quia nihil refert, annulo quis signet, an alio typario characterem habente. Unde & Maximil. I. imp. in *Constit. de notariis de a.* 1512. requirit signationem *mit ihrem gewonlichen Signeten*. Sed olim præcise requirebatur annulus, ceu manifestum est ex *L.* 22. §. 5. *ff. qui test. fac. poss.* Ratio repetenda ex antiquitatibus Romanis. Quilibet eorum habebat annulum, quo contractus aliasque scripturas super negotiis civilibus factas signabat. Habebat etiam typarium ferreum, clavi plerumque adfixum, quo signabat cellam penuariam, supellectilem, lagenas, ne servi quid subtrahere possent. Quales claves annulo signatorio vel typario instructas, & in Belgio repertas, in imagine nobis sistit Just. Lips. in *Comment. ad Tacit. Ann. l. II. p. m.* 81. Ne ergo quis existimaret, perinde esse sive typario signandæ supellectili destinato, an annulo, cujus usus erat in negotiis civilibus, signaret, hunc præcise requirebant leges nostræ.

## §. CCCCXCVIII.

Diximus jam de omnibus sollemnitatibus *internis & externis* in testamento adhibendis. Jam quæritur, an & alia quædam requirantur? Resp. 1. Hodie perinde esse in quacumque materia quis scribat: olim plerumque testamenta scribebantur in tabulis cereis, quæ deinde lino obducebantur, & signabantur extrinsecus super lino. Hodie vel membrana vel charta adhibetur, modo illa non sit deletitia vel ὀπισθόγραφος, ut litteras transmittat. *L.* 6. §. *ult. ff. de bon. poss.* Charta deletitia dicebatur, in qua jam aliquid scriptum, sed

postea litteræ deletæ erant, ceu hodie fieri solet in palimpsesto. Charta ὀπισθόγραφος dicebatur, cujus tergo jam aliud quid fuerat inscriptum. Utebantur enim Romani papyro vel charta Nilotica, quæ tam erat tenuis, ut in utraque pagina scribi non posset, & si utraque scriberetur, litteræ statim transparerent. Quod ne fieret, probe erat cavendum, quia alias obscura futura fuisset scriptura. Ex eadem ratione monent leges, 2. testamentum non notis s. abbreviationibus scribendum esse, verum litteris, ut facile legi & non alius sensus inde peti possit. *L.* 6. §. *ult. ff. de bon. poss.* Quam sæpe id fraudi sit heredibus vel legatariis, si notarius ejusmodi obscuris notis & abbreviationibus ignotis utatur, exemplo nobis esse potest Galba, de quo Suet. *in vit. Galb. c.* 5. *observavit ante omnes Liviam Augustam, cujus & vivæ gratia plurimum valuit, & mortuæ testamento pœne ditatus est, H. S. namque quingenties quum præcipuum inter legatarios habuisset, quia notata* (i. e. notis expressa) *non perscripta erat summa, herede Tiberio legatum ad quingenta revocante, nec hoc quidem accepit.* 3) Monuimus nihil interesse, qua lingua scribatur testamentum. *L.* 21. §. *ult. L.* 15. *C. de test.* Olim aliter se res habebat. Quæ enim erant juris civilis, non alia quam latina lingua explicari poterant: quæ juris gentium, lingua quacumque, *L.* 8. *ff. de acceptil.* Hinc & testamenta latine scribenda erant, *L.* 20. §. *veteres ff. qui test. fac. poss.*, imo ne legatum quidem græcis verbis relinqui poterat, quamvis fideicommissum græce relictum valeret. Ulpian. *Fragm. Tit. XXV.* §. 9. Sed id, ut dixi, legibus novis emendatum est, ut hodie quacumque lingua quis uti possit.

## §. CCCCXCIX.

Quum pleraque, quæ adhuc diximus, magis ad scriptum quam ad nuncupativum testamentum pertineant, superest quæstio, quid præcipue in nuncu-

cupativis testamentis requiratur? Resp. (1) Septem testes adesse debent idonei & rogati, æque ac in testamento scripto. (2) Ii non solum testatorem videre debent, uti in scripto, verum etiam eumdem audire & intelligere. Hinc non potest hic adhiberi testis surdus, nec peregrinus linguæ testatoris ignarus. Ratio est, quia hic non ex scriptura, sed ex testimonio testium præsentium constare potest, quid testator voluerit; unde & in testamento nuncupativo testes, mortuo testatore, jurejurando obstringi solent. Meu. *Decis. Part. IV. Dec.* 13. Quomodo vero jurabit peregrinus hanc fuisse voluntatem testatoris, quam non intellexit? (3) Coram his testibus clara voce & palam testator debet voluntatem suam eloqui uno contextu. Hic elegans occurrit quæstio, an valeat etiam testamentum, in quo heres non exprimitur; sed testator se refert ad schedulam certo loco reclusam: e. g. *Heredem instituo illum, cujus nomen post mortem meam in hac arcula reperietur?* Tale testamentum fieri posse putant Brunnemannus ad *L.* 77. *ff. de her. inst.*, *Stryck in Cautel. testam. c. XVI.* §. 25., & alii qui hoc testamentum vocare solent *mysticum*, *relativum*, *implicitum.* Unicum habent fundamentum *L.* 77. *ff. de her. inst.* ubi testator scripserat, *quem heredem codicillis fecero, is reliquam hereditatem accipiat.* Cum ergo non etiam ita scribi posset, *quem heredem in arcula nominavero, heres esto?* Enimvero absurda ex mea sententia est hæc collectio. Nam (a) testamentum & codicilli habentur pro una voluntate ultima, & vires ex testamento accipiunt, & jus testamenti sequuntur, *L.* 3. §. *ult. L.* 16. *ff. de codicill.* non autem idem dici potest de schedula arcula inclusa. (b) Auctores nostri fingunt testamentum condi posse, in quo nomen heredis non exprimatur. In L. 77. autem heredes erant expressi, tantum quia si quid ex asse bonorum supererat, scripserat istam portionem illum habiturum, quem in codicillis nominaturus sit. (c) Clarissime his auctoribus refra-

gantur textus *L. 21. pr. ff. qui test. fac. poss.* ubi dicitur, *heredes aut palam, ita ut exaudiri possint, nuncupandos, aut scribendos esse.* An vero scribit vel palam nuncupat heredes, qui se refert ad schedulam? Et *L. 29. C. de test.* Accedit 4) quod falso hi JCti ejusmodi testamentum vocent *mysticum.* Græci enim omne testamentum scriptum sic vocant, non quod in eo heres expressus non sit, sed quod testes ignorent, quis in eo heres institutus sit. Unde hoc testamentum a Brunnemanno & aliis confictum ab accuratioribus jure rejicitur.

§. D.

Monenda adhuc quædam sunt de usu testamenti factionis hodierno. Et 1) quidem nemo dubitat, quin adhuc testamenta sollemnia passim fiant in Germania æque ac Frisia: 2) sæpe tamen etiam testamenta publice fiunt. Nimirum jam jure nostro civili testamenta dividuntur in *privata*, quæ privatim fiunt, & *publica*, quæ vel coram judice fiunt, vel judici aut principi offeruntur, *L. 19. C. de testam.* Quum ergo testamenta publica fide sustineantur, & hinc nullas requirant sollemnitates, d. *L. 19. C. h. t.* hinc frequentissime fiunt publice coram judice, vel saltem privatim, & hinc sollemnitate facta judici offeruntur, ut ea ad acta ponat & testatoribus defunctis publicet. 3) Pontifex *c. 10. X. de testam.* novum invexit testandi genus coram parocho & duobus testibus factum, quod nullam præter ea sollemnitatem exigit. Id inter Catholicos observatur, & inter Protestantes alicubi rusticis conceditur hujusmodi testamenti factio. 4) Denique id observamus, testamentum secundum loci consuetudinem factum ubique valere debere, quamvis eo loco aliæ sollemnitates receptæ sint. Sic ex. g. in Frisia recepta non sunt signacula testium, & tamen, si testamentum hic conditum ac destitutum signaculis

lis mitteretur in Germaniam, ibi quoque ratum futurum esset, quamvis ibi signacula testium abscissa requirantur. Præclare hac de re more suo disseruit summus olim Frisiæ JCtus Jo. a Sande *Decis. l.* 1. *def.* 14.

## *T I T. XI.*

## DE MILITARI TESTAMENTO.

### §. DI.

Nihil est bonæ methodi regulis magis consentaneum, quam ut considerata regula, & exceptiones expendantur. Regulas in testamentis observandas vidimus: jam ergo & de exceptionibus quibusdam erit dispiciendum. Nimirum testamenta jure nostro sunt vel *sollemnia*, in quibus nihil omnino sollemnitatum hactenus explicatarum omittendum est, vel *minus sollemnia* s. *privilegiata*; quando per privilegium vel omnes vel quædam sollemnitates adhuc recensitæ remissæ sunt. *Omnes* sollemnitates remissæ sunt *militibus*, de quorum testamentis agitur §. DI-DVIII. *quædam* tantum per privilegium remissæ sunt 1) *parentibus*, de quorum testamento §. 509. 2) *tempore pestis testantibus*, §. 510. 3) *ruri testantibus*, § 511. & 4) aliis quibusdam, de quibus. §. 512.

### §. DII.

Quod ad *milites* attinet, privilegium quidem jam olim habuerunt, ut *in procinctu* possent testari. Si enim in acie stabant, incincti sago vel habitu vel cinctu gabino & insertis scuto manibus, tribus vel quatuor audientibus, voluntatem suam eloquerentur, rata erat eorum voluntas, quamvis nullæ aliæ sollemnitates essent adhibitæ, §. 1. *Inst. h. t.* Hujusmodi testamenta condebant milites Romani quoties in extremo periculo versarentur, & parum spei superesset se vivos acie

exituros. Exempla sunt apud *Plutarch. in Coriolan. p.* 198. *Vell. Paterc. l. II. c.* 5. Sed jam pridem ista testamenta militaria in procinctu facta ab usu recessisse, non modo Justinianus noster testatur §. 1. *Inst. h. t.* verum etiam multo ante Justinianum *Cic. de nat. deor. l. II. c.* 3. Et hinc plane alia sunt illa, de quibus jam erit agendum. Nimirum testamenta militaria de novo inventa sunt ab imperatoribus, postquam, uti supra §. 474. monui, abolita militia lecta, mercenaria elegerant, quippe magis congruentem principatui, s. statui monarchico. Ut igitur eo libentius nomina militiæ darent homines, eos invitarunt variis privilegiis, inter quæ etiam hoc fuit, ut omnibus omissis sollemnitatibus possent condere testamenta. Historiam hujus privilegii habemus in *L.* 1. *pr. ff. h. t.*, ex qua adparet primum Jul. Cæsarem ad tempus, deinde Titum, Domitianum, Nervam, Trajanum universis militibus hoc privilegium concessisse. Hinc simul animadvertimus quam parum rem adcurate tetigerit Tribonianus, dum *pr. Inst. h. t.* hujus privilegii rationem arcessit a *nimia militum imperitia.* Nam sane si non alia caussa esset tanti privilegii, inde sequeretur, ut illud ad solos milites gregarios pertineret, quod tamen falsum esse ex *L.* 44. *ff. h. t.* manifesto adparet. Sed tamen ad simplicitatem etiam provocat Domitianus *L.* 1. §. 1. *ff. h. t.*

## §. DIII.

Unum ergo de testamentis militaribus axioma est, *miles testaturus null'am sollemnitatem adhibere tenetur*, neque externam neque internam: sed sufficit nuda ejus voluntas, *L.* 1. *ff. h. t.* Quod vero miles internis sollemnitatibus solutus sit, facile demonstrabimus, si ejus testamentum cum testamentis paganorum contendemus. Nam 1) pagani neminem instituere possunt heredem, quem leges incapacem esse jubent, §. 539. seq., milites autem

tem instituunt quoscumque volunt, etiam incapaces, veluti deportatos, *L.* 13. §. 2. *h. t.* 2) Pagani, si habent liberos, aut instituere heredes, aut nominatim & ex justa caussa exheredare tenentur, §. 521. Si quis tacite eos præterit, testamentum est nullum, *pr. Inst. de exher. lib.* At miles liberos etiam præterit, *L.* 9. *L.* 19. *C. h. t.* 3) Paganus, qui condito testamento decedit & viduam reliquit gravidam, frustra testatus est, si postumus vel postuma nascatur. Nam hi rumpunt testamentum paternum, §. 572. Contra, militis testamentum non rumpitur, si vel maxime eo mortuo nascatur postumus, *L.* 7. *L.* 8. *ff. h. t.* 4) Si pater paganus filium filiamve sine justa caussa exheredavit, testamentum ejus rescinditur querela inoff. testam. §. 581., idemque obtinet, si parentes a liberis sint præteriti, vel injuste exheredati, vel fratres & sorores præteriti instituta turpi persona,: *ibid.* At militis testamentum rescindi nequit querela inofficiosi testamenti, sive liberos, sive parentes, sive fratres sororesve neglexerit, *L.* 29. §. *ult. ff. h. t. L.* 27. §. 2. *ff. L.* 9. *C. de inoff. test.* 5) Paganorum nemo potest pro parte intestatus decedere, §. 491. 3. At id potest miles. E. g. si tantum ex fundo heredem scripserit, & quantum ad residuum patrimonium intestatus decesserit; tamen ratum est ejus testamentum *L.* 6. *ff. h. t.* non minus ac si ad tempus heredem instituerit, *L.* 15. §. 4. *h. t.*, quæ omnia in pagano secus sese habent. 6) Paganorum nemo cum duobus testamentis decedere potest, §. 491. 4. prius enim a posteriore rumpitur, §. 573. 2.: at militi id licet, neque prius ejus testamentum rumpitur per posterius, nisi sibi invicem sint contraria, *L.* 29. *pr. ff. h. t.* 7.) Paganus non potest heredem instituere codicillis, sed testamento sollemni, §. 652. 2. Sunt enim codicilli non instituendorum heredum, sed legatorum & fideicommissorum relinquendorum caussa inventi, *ibid. n.* 5. Sed miles & codicillis factis heredem recte instituit, *L.* 36. *pr. ff. h. t.* 8) Pa-

ga-

ganis licita est substitutio, sed pupillaris tantum patribus, qui liberis impuberibus possunt heredem scribere in casu, si intra pubertatis annos decesserint, §. 561. 5. At miles substituere potest filio pupillariter etiam in casu, si pubes decesserit, nec ulla alia regula ad substitutionem pertinente tenetur, *L.* 5. *L.* 15. §. 5. *L.* 28. *h. t.* 8). Si paganus ita hereditatem legatis exhauserit, ut heredi nequidem quarta hereditatis pars salva sit, licet heredi secundum L. Falcidiam tantum singulis legatariis detrahere, ut quartam bonorum partem habeat, §. 650. At heres a milite institutus hanc quartam Falcidiam non detrahit, si vel nihil salvum habeat, sed universam substantiam in legata exhaurire tenetur, *L.* 17. §. *ult. ff. h. t.*

## §. DIV.

Quum ergo ipsæ sollemnitates internæ remissæ sint militibus, multo minus profecto obstringentur legibus, quæ tot sollemnitates externas requirunt. Hinc 1) si in scriptis testetur, nulli requiruntur testes, nulla eorum rogatio, multoque minus quæritur an habiles sint, & cum iis sit testamenti factio. Sufficit, modo militis tabulæ reperiantur, & certo constet, eas scripsisse vel subscriptione firmasse militem, *L.* 40 *pr. ff. h. t.* Quod adeo verum est, ut & illud testamentum valere dicatur, quod miles vulneratus litteris sanguine suo rutilantibus vagina gladii, vel gladio, arenæ inscripserit, *L.* 15. *C. h. t.* 2) Sin miles nuncupativum condere velit testamentum, sufficiunt duo testes, non sollemnitatis sed probationis caussa, ut constet militem ita disposuisse. Quoties enim in jure nostro de probatione quæritur, non de sollemnitate: toties duo testes sufficiunt, & plenam faciunt probationem. *L.* 12. *ff. de testib.* Et id quoque innuit Trajanus imp. dum in elegante rescripto §. 1. *Inst. h. t.* dicit voluntatem a milite nuncupandam esse *convocatis ad hoc hominibus.* Quum vero hi homines non solle-

lemnitatis, sed probationis caussa convocentur, per se patet testes illos non esse sollemniter rogandos, ceu in testamento paganorum id fieri oportebat, §. 495. 3) Unicum ergo est hujus militaris testamenti essentiale requisitum, ut constet militem animo deliberato, non sermone fortuito, hæc dixisse. Nam si, ut fit, jocatus miles inter pocula dixerit se hunc vel illum heredem sibi instituere, nullius momenti erit hæc nuncupatio, & quidvis potius quam testamentum; ceu eleganter ostendit Trajanus in laud. rescripto ad Catilium Severum, §. 1. *Inst. h. t.*

§. DV.

Jam porro quæritur, *quibusnam* hoc privilegium concessum sit? Resp. Id ex ratione privilegii judicandum. Si simplicitas militum esset hujus privilegii caussa προκαταρκτική, ad solos gregarios milites pertinere oporteret id privilegium, ut jam supra §. 502. diximus. Sed quamvis fieri possit, ut Domitianus initio propter simplicitatem id privilegium militibus dederit, *L.* 1. §. 1. *ff. h. t.*, & postea Antoninus *L.* 4. *C. eod.*; non tamen ea fuit sola ratio, sed præcipue eos movit periculum imminens militibus præsentissimum, & quod non patitur eos de sollemnitatibus testamentorum esse sollicitos. Hæc ratio eleganter exprimitur in *L. un. pr. ff. de bon. poss. ex test. mil. Non dubium est, quin debeant ratæ esse voluntates eorum, qui in hostico loco suprema judicia sua quoquo modo ordinassent, ibique diem suam obiissent.* Et paullo post additur, etiam præsidem provinciæ aliasque personas in exercitu posse testari militariter, *quia & ipsi in procinctu versentur & eodem pericula experiantur.* Hæc est vera & adæquata hujus privilegii ratio, quam ex glossatoribus jam Decius, ex recentioribus JCtis Arn. *Vinnius ad pr. Inst. h. t. p.* 310. *edit. vost.* observavit. Ex ea vero ratione jam facile respondere licebit ad quæstionem, quibusnam hoc privilegium competat? Omnibus nimirum, qui in hostico loco sunt, iisdem exposita peri-

cu-

culis etiam non militantes, §. 1. *Inst. h. t.*; veluti præsides provinciæ eorumque legati, qui in castris vel acie reperiuntur, *L. 44. ff. h. t. L. un. pr. ff. de bon. poss. ex test. mil.*, etiam navarchi classium, nautæ, vigiles, novitii, qui nondum in numeros relati sunt. d. *L. un.* §. 1. 2. *ff. eod.* Ergo & hodie concionatores, medici, chirurgi, judices castrenses, (*Auditeurs,*) quæstores, (*Kriegs-Commissarii,*) legati a republica missi, (*Gedeputirte zu Felde,*) immo & coqui & mercatores castrenses (*Marqvetender*), & alii. Id mirum, etiam surdum & mutum posse militare testamentum condere, *L. 4. ff. h. t.*, quod quosdam sollicitos habet. Nam quomodo, inquiunt, milites esse possunt surdi & muti, & si surdi muti sunt, quo pacto declarabunt animi sui sententiam? sed salva est res. Surdi & muti milites non fiunt; si tamen in acie vulnerati aurium & linguæ usum amiserint, ideo non statim desinunt esse milites, antequam missionem impetrarint. Ergo & jure militari concedere possunt testamentum, modo litteris animi sui sententiam exprimere possint.

## §. DVI.

Deinde ex eadem privilegii caussa patet, quando eo privilegio uti possint homines. Glossa distinguit, sintne milites in acie constituti, an in castris, an in præsidiis. Primo casu nullis testibus opus esse ait, secundo duobus, tertio omnes sollemnitates observandas. Enimvero quamvis hanc sententiam confirmarit etiam Maximil. I. Imp. *Const. a.* 1512. *Tit. von Testamenten* 2. §. *und. sollen*, ea tamen jure Romano falsa est. Milites enim sive in expeditione sint, sive in castris, possunt hoc privilegio uti. In præsidiis autem & hibernis, merito jure ordinario testatur, quia tunc extra periculum sunt. Observavit id jam Frisius JCtus, Vigilius Zuichemus, *Comm. ad X. Tit. Inst. Jur. Civil. p.* 82. *seq.* Itaque extra periculum constituti milites plane jure communi testan-

stantur, nulloque uti possunt privilegio. Quid vero si miles in expeditione testatus sit, sed salvus redierit, an tunc depulso periculo testamentum istud expirat? Resp. Non corruit, si miles manet: sin missionem impetravit, distinguendum est. Missio enim est vel *honesta*, quæ fit stipendiis exactis: vel *caussaria*, quæ fit propter vulnera & inhabilitatem supervenientem: & *ignominiosa*, quæ fit propter crimen aliquod famosum. Si missio est honesta vel caussaria, testamentum adhuc per annum a die missionis valet, & hinc si intra hunc annum moritur testator, ex illo testamento heredes succedunt, *L.* 26. *pr. h. t.* quamvis conditio heredibus adscripta elapso demum anno extiterit. *L.* 38. *pr. ff. eod.* Convalescit etiam testamentum, si quis honestam vel causariam consequutus missionem, intra annum iterum det nomen militiæ, *L.* 38. §. 1. *ff. h. t.* Quod si quis autem ignominiæ caussa missus est, testamentum ne quidem per annum valet, sed statim a missionis momento vigorem amittit. *L.* 27. *pr. h. t.*

## §. DVII.

Absolvimus doctrinam juris Romani de testamento militari. Una tantum superest quæstio, ideo tantum pertractanda, ne quis in errorem incidat. Nimirum supra §. 478. 2. monuimus filiumfamilias in peculio castrensi ita haberi pro patrefamilias, ut & testamentum de eo condere possit, quod alioquin non potest filiusfamilias, §. 515. 4. Si ergo filiusfamilias in castrensi peculio habet testamenti factionem, an & eo privilegio gauderet, ut possit more militari testari? Resp. Neg. Potest quidem æque testari ac miles, sed non eo modo, quo miles, sed omnes merito sollemnitates supra descriptas adhibet, *L. un. C. de inoffic. test.* Ratio est repetenda a caussa privilegii militibus dati, quam diximus esse imminens periculum. Filio autem familias testanti de

pe-

peculio castrensi vel quasi, non semper imminet periculum. Potest ergo & debet sollemne testamentum condere. Si tamen sit miles & in expeditione, vel castris constitutus, dubium nullum est, quin reliquorum militum juribus utatur.

## §. DVIII.

Ut demum colophonem huic doctrinæ imponamus, more nostro adhuc despiciemus, an hujusmodi privilegium etiamnum competat militibus. Resp. Illud adhuc omnino obtinere. Exempla ad Frisiam pertinentia habet Ulr. *Huberus Prælect. ad* §. 1. *ff. h. t.* In Germania extat eam in rem lex publica, nempe constitutio Maximiliani I. Imp. a. 1512. Sed in eo illa a jure Romano discedit, quod in expeditione nullas sollemnitates, in castris duo testes requirit, quod imperatorem a glossa deceptum statuisse diximus paullo ante §. 506.

## §. DIX.

Hactenus de primo genere testamentorum privilegiatorum, nimirum de militari. Sequitur alterum, testamentum PARENTUM INTER LIBEROS. Intelligitur autem hic non pater dumtaxat, sed & mater, imo & avus & avia. Hi si inter solos liberos disponant, vel id faciant *per scripturam*, vel *per nuncupationem*, s. *viva voce*. Si per scripturam, nulli plane testes, nequæ ullæ aliæ sollemnitatem requiruntur, modo 1) ipsi scripserint tabulas, vel iisdem subscripserint 2) annum, mensem & diem, nec non 3) uncias, ex quibus instituant heredes liberos, expresserint, & quidem non signis, sed litteris. Hoc enim tantum exigitur in *Nov. CVII. c.* 1. Sin vero per nuncupationem inter liberos disponant parentes, res ipsa docet, testes adesse debere, qui se hanc horum voluntatem audivisse confirment. Sed quum & hi testes non adsint sollemnitatis, sed probationis caussa, duo sufficiunt, per ea quæ diximus ad §. 504.

§. 504. arg. *L. 12. ff. de testam.* Sed hic adhuc notandum, privilegium hoc parentibus competere tantum ratione liberorum. Unde, si quis moriens inter libros suos sine testibus in scripto disposuerit, eodemque testamento etiam viduam, fratrem, patruum &c. heredes instituerit, vel legatis donarit: dispositio illa valebit quidem ratione liberorum, sed non ratione personarum extranearum. Clarissime id inculcatur in *Nov. CVII.* c. 1. ubi dicitur, si pater iisdem tabulis legare velit, id fieri debere *coram testibus*. Et quamvis aliud reperiamus in *Auth. quod sine C. de testam.* quæ ex Novella illa desumpta est, jam supra tamen monuimus, ubi authentica a suo exemplo discrepat, ejus nullam esse auctoritatem §. 16. 5.

## §. DX.

Reliqua testamenta privilegiata minore labore exponi possunt. Tale est III. testamentum, *tempore pestis factum*. De hoc id unum observandum, omnes in eo adhibendas esse sollemnitates, præterquam quod sola unitas contextus remissa est, *L.* 9. *C. de testam.* Quum enim tempore hoc tristi, tanto metu homines perculsi sint, ut vix sperandum sit, fore ut septem homines in unum locum conveniant; hinc permittitur ut, si testator hodie duos testes rogarit, ut subscriberent, cras tres, perinde duos, æque valeat hoc testamentum, ac si septem illi testes uno eodemque tempore fuissent congregati, omniaque uno contextu acta essent.

## §. DXI.

Privilegiatum quoque est testamentum IV. *ruri conditum*, eatenus, ut 1) si septem testes haberi nequeant, quinque sufficiant; 2) ut, uno ex his scribendi artis imperito, alter pro illo scribere possit; quod secus se habere in testamento sollenni supra observavimus, §. 497. *L. ult. C.* de

*de test.* Quid si vero impugnantes hoc testamentum dicant, plures testes facile haberi potuisse, si quidem pagus sit frequens, & plures quam 30. rustici patresfamilias ibi habitent? Resp. Id ab allegante probandum est. Semper enim præsumitur, in pagis septem testes haberi non posse. Nec sufficit, si testamentum impugnans dicat, 30. ibi rusticos habitare. Non probandum præcise, eo tempore illos domi fuisse, adeoque potuisse convocari. Rustici enim modo in urbibus, modo in agris, & extra hiemem raro domi agunt. Ceterum ex hac ratione facile patet id privilegium non solum ad rusticos, verum etiam ad illustres, nobiles, honoratiores viros ibi habitantes pertinere; unde etiam id genus testamenti non vocavi testamentum *rusticorum*, uti a plerisque vocatur, sed *ruri testantium.*

## §. DXII.

Recensent DD. & alia quædam exempla testamentorum privilegiatorum, quæ hic uno fasce complectimur. Tale est V. testamentum principi oblatum, vel VI. insinuatum actis, aut coram judice confectum, vel ut paucis dicamus, *publicum.* Quia enim hæc testamenta publica fide sustinentur, hinc ea nihil sollemnitatis exigere jam supra menuimus, §. 500. *L.* 19. *C. de testam.* VII. Testamentum posterius imperfectum, quo heredes ab intestato priore præteriti ad successionem vocantur. Quamvis enim prius testamentum alias de jure subsistat, nisi posteriore æque perfecto rumpatur, §. 572., 2., quum nihil sit tam naturale, quam eo jure quidque dissolvi, quo colligatum est, *L.* 35. *ff. de R. J.*, nihilominus tamen, quia maximus est successionis ab intestato favor, permiserunt leges, ut & posterius imperfectum testamentum prius perfectum rumpat, si in eo proximi heredes ab intestato vocentur L. 21. §. *pen. C. de testam.* Denique hoc referunt VII. testamentum *ad pias caussas.* Piæ caussæ autem sunt

sunt ecclesia, pauperes, captivi, scholæ, dos. His nihil privilegii datum in jure Romano; at pontifex Romanus, quia admodum favet piæ caussæ, omnibus sollemnitatibus solvit testamenta, modo voluntas testatoris probari possit.

## *TIT. XII.*

## QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

### §. DXIII. DXIV.

Tituli proxime antecedentes egerunt de modo, quo testamenta tam sollemnia quam privilegiata fiunt. Jam porro quæritur de *personis*, tum quæ testamenta condere possint, vel non possint, hoc Tit. XII. tum qui heredes institui possint, vel non, Tit. XIII—XVI. Quod ad personas testatorum attinet, præmisimus axioma, *testamentum condere possunt omnes, qui non prohibentur.* Sed ne idem per idem explicasse videamur, generale istud axioma solvimus in tria alia. 1) Testamenti factio est juris civilis Romani, id quod jam demonstravimus §. 484. 2) testamenti factio tantum patribus familias concessa. Id patet ex Leg. XII. Tabb. quam vidimus §. 487. 3) testamentum est justa animi nostri vel voluntatis sententia. Id demonstravimus ad definitionem, §. 490.

### §. DXV.

Diximus axiomate I, *testamenti factionem esse juris civili Romani.* Atqui est potius juris gentium? Sed responsio non difficilis. Multæ gentes solebant præter Romanos testamenta condere, idque in primis constat de Atheniensibus. Sed nos hic loquimur de testamento, quale ex jure Romano descripsimus. Id vero non est juris gentium, sed juris civilis Romani, ex quo solo, non autem ex

re-

recta ratione, nec ex gentium aliarum institutione omnes sollemnitates & leges de testamentis fluxerunt. Quum ergo testamenti factio sit juris civilis, sequitur sane, ut testari non possint 1) *Servi*, quippe qui nec personæ nec cives sunt, *L.* 19. *ff. qui test. fac. n. poss.* Et, quæso, qua de re testentur? an de peculio? At peculium servorum omne est profectitium, §. 470. * Ergo dominium ejus est penes dominum, & consequenter testari servi de re aliena nequeunt. Exstat quidem locus apud Plin. *lib. VIII. ep.* 16., ubi Plinius refert se servis morientibus concedere, ut ultima voluntate possint peculium distribuere cui velint. Sed proprie hæc non fuit testamenti factio, nec valebat hæc ultima servorum voluntas ex jure publico, sed ex consensu & voluntate Plinii. Ex eodem sequitur, 2) ut testamentum condere non possint *capti apud hostes*. Nam & ipsi servi fiebant jure Romano, §. 82. Si tamen testamenta fecerint in civitate, & postea apud hostes moriantur, eorum testamenta valent ex L. Cornelia, quæ fingit eum, qui apud hostes est mortuus, in civitate decessisse. Sin ante captivitatem testatus domi, & postea captus ex captivitate reversus est, ejus testamentum valet jure postliminii, quod fingit eum, qui ab hostibus reversus est, numquam in captivitate fuisse. Denique si non domi, sed apud hostes testamentum quis fecit, illud a servo factum, adeoque non valet, quamvis ex captivitate domum redierit, *L.* 8. *pr. ff. qui test. fac. pos.* §. *ult. Inst. h. t.* Ex eodem axiomate colligimus, 3) testamenta condere non posse peregrinos. Quumque & deportati ad peregrinitatem redigantur, iique, quibus aqua & igni interdictum est, facile patet & hos esse intestabiles, *L.* 8. §. 1. *ff. eod.*, quod tamen intelligendum de jure civili. Atheniensis enim jure Attico recte testabatur; quamvis non esset civis Romanus.

§. DXVI.

## §. DXVI.

Quos superiore §. testamentum facere negavimus, ii non erat participes juris Romani publici. Sequitur aliud axioma. Sunt enim, qui testamentum non condunt, *quia non sunt patresfamilias*, quibus solis Lex XII. Tabb. testamenti factionem concessit, §. 487. Hinc facile ergo reddas rationem 1) cur testamentum condere nequeant *filii filiæque familias*, & ne permittente quidem patre, quippe qui contra jus publicum nihil potest indulgere, *L.* 17. *pr. h. t.* Excipitur peculium castrense, in quo filium pro patrefamilias habere jam supra monuimus §. 478. Quid vero in peculio adventitio? Nam & in hoc proprietas penes filium est. Nec tamen testamentum de illo potest condere, quia in illo pro patrefamil. non habetur, *L. pen. C. qui test. fac. poss.* Ex eodem patet, 2) cur irritum fiat testamentum *patrisfamil. qui se postea arrogandum dedit alteri.* Cum enim eo ipso fiat filiusfamilias, res redit in eum casum, a quo incipere non potes. Elegantem hic movet *Merillius* quæstionem, *Obs. L. II. C.* 69. & *L. IV. C.* 39., an & mulieres condere potuerint testamentum. In illam singularem ingreditur sententiam, potuisse quidem mulieres testari *nuncupative*, non autem *in scriptis*, idque probat ex *L.* 77. §. 24. *ff. de legat.* 2. Et sane ibi rogat *pater filiam*, *pro ejus salute sollicitus*, *ut quoad liberos tollat*, *testamentum non faciat*, additque rationem, *sic eam posse sine periculo vivere.* Inde colligit Merillius, mulierem ideo non potuisse sine periculo testari, quia semper heredem palam nuncupare debuerit, adeoque ejus insidiis fuerit exposita. Sed ratio fugit virum doctissimum, uti adcurate ostendimus in *Comment. n. ad L. Pap. Popp. L. II. c.* 11. *p.* 240. *seq.*

§. DXVII.

§. DXVII.

Progredimur ad novum axioma, quod tale est, *testamentum est justa voluntatis nostræ sententia*, §. 490. Inde prono alveo fluit, testari non posse 1) *furiosos & mente captos*, qui quid velint, non intelligunt. Quid vero, si dilucidum fuerit furoris intervallum? Tunc sane nihil impedit, quo minus testamentum faciant, per §. 1. *Inst. h. t.*, modo furor non lateat sub specie inumbratæ quietis, per *L.* 28. §. 1. *ff. de adqu. vel amitt. rer. poss.* Si dubium sit, sanæ, an emotæ fuerit mentis testator, id judicandum est ex ipsa materia testamenti, dispiciendumque, prudenterne testatus sit, an stolide. Hujus rei insigne exemplum TUDITANI exstat ap. *Valer. M. l.* 7. *c.* 8. Ejusdem conditionis sunt 7.) *prodigi*, quippe qui in universo jure nostro furiosis æquiparantur, quamvis sanæ mentis sint. Id tamen intelligendum de tempore, quo bonis illis interdictum est. Si etiam ante hanc interdictionem testamentum fecerunt, nullum est dubium, quin valeat, *L.* 18. *ff. h. t.* Vulgo & addunt hanc exceptionem, valere testamentum a prodigo conditum, *si bene consulat posteritati*, i. e. si eos instituat heredes, qui ab intestato alioquin fuissent successuri, sed id quidem jus nostrum ignorat. Nam *Nov. Leon.* 39. in foro nostro nullius auctoritatis est, ceu ostendimus supra §. 17. 8. Sed & 3) *impuberes* testari non posse ex eodem patet axiomate. Non magis enim his perspectum est quid agant, quam furiosis. Et quamvis quidam sint, quibus sapientia ante pilos est, ex his tamen, quæ forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur, *L.* 4. *ff. de legibus.*

§. DXVIII. DXIX.

Ex eodem axiomate facile intelligimus quatenus corporis vitium testamenti factionem impediat

diat. De *surdis & mutis*, ubi conjunctum est vitium, nemo dubitaverit, quin testari nequeant, quum parum differant a mente captis, quod secus se habet; si vitium sit discretum. Mutum enim & surdum, hunc voce, illum scriptura mentem exprimere posse experientia docet. Multo minus *cæco* adimenda testandi facultas est. Quia tamen facile hic fraudibus locus futurus esset, singularem observationem habent testamenta cæcorum. Nam 1) possunt tantum nuncupative testari, 2) eorum nuncupatio a tabellione statim in scripturam redigenda, 3) adhibendus est octavus testis, 4) cæco prælegenda scriptura inspicientibus simul testibus & explorantibus, an omnia ita scripta sint, 5) Cæcus hæredem non tantum nominare, sed & circumscribere tenetur, ne forte in persona erret. Denique 6) accedere oportet subscriptionem & subsignationem testium. Quæ omnia adcurate explicantur in *L.* 8. *C. qui test. fac. poss.*, ubi genuina hujus doctrinæ sedes est.

## §. DXX.

Supersunt quidam, quibus in pœna non est permissum facere testamentum, quamvis hæ prohibitiones pleræque ex recentioribus legibus proficiscantur. Sic testari non licet 1) *perduellionis damnatis*, quippe quorum bona omnia in fiscum redigi solent, *L.* 5. *C. ad leg. Jul. Mai.* 2) *Apostatis & Hereticis*, per *L.* 3. *de apost.* & *L.* 4. *de hæret.* Sed quinam hæretici sint, id non a theologis hic discendum, sed ex legibus publicis. Nemo enim prohibendus est testari, cujus religio in republica toleratur. 3) *Incestuosi nuptiis sese polluentibus.* Cum vero hæc prohibitio in favorem liberorum prioris matrimonii inventa sit, illam etiam cessare oportet, si incestuosi parentes legitimos instituant, *L.* 6. *de incest. nupt.* 4) *Ob carmen famosum damnatis.* Hos enim improbos & intestabiles esse jubet *L.* 18. §. 1. *ff. h. t.* Cave tamen omnem injuriam scriptam libellum famosum

existimes. Illa enim vitia hominis sale satytico perfricat; hic crimen alteri capitale tecto nomine impingit. 5) Olim etiam *capitis damnatis* non licebat testari; fiebant enim servi pœnæ, servis autem non est testandi facultas. Jam vulgo quidem tradunt doctores, servitutem pœnæ sublatam esse a Justiniano, *Nov. CXXXIV. c. ult.*; sed si quis illam Novellam accuratius expenderit, animadverteret sublatam esse servitutem pœnæ tantum in favorem agnatorum & cognatorum, ne bona publicarentur, sed propinquis relinquerentur. Ergo si hodie propinqui extant, capitis damnatus non potest testamentum condere, secundum jus Justinianeum. Sed error iste doctorum in foro dominatur, nihilque hodie fit frequentius, quam ut capitis damnati de rebus suis promiscue testentur.

## TIT. XIII.

## DE LIBERIS EXHEREDANDIS.

### §. DXXI. DXXII.

Vidimus hactenus quomodo testamenta fiant, & qui testamenta condere possint. Quod ad prius attinet, diximus observandas esse sollemnitates tum externas, tum internas, nempe heredis institutionem. Huic contraria est EXHEREDATIO, quam doctrinam Justinianus hoc titulo præmittit. Quanta fuerit patria Romanorum potestas, supra satis ostendimus. Ea in hoc quoque consistebat, ut pater posset filium etiam nihil tale meritum, exheredem scribere pro lubitu. Hinc eleganter Paullus in *L. XI. fin. ff. de lib. & posthum.* dicit, licere omnino liberos exheredare, siquidem & occidere licuit. Extant sane exempla, quæ hodie non sine stupore legimus. Sic *C. Tertium* infantem a patre exheredatum legimus apud Valer. M. *Lib. VII. c. 7. §. 3.* Quomodo vero infans ingratum se præbuerit adversus patrem? Sed id permittebat patriæ potestatis rigor. Procul dubio legislatores hanc

hanc libertatem parentibus concesserant quod vix crederent fieri posse, ut maligne de sanguine suo judicarent. Quum porro paullo post experientia doceret, patres novercalibus blanditiis delinitos omnem paternum effectum ejurare: demum legibus publicis cautum est, ut pater liberos suos non præteriret testamento, sed aut institueret heredes, aut exheredaret.

§. DXXIII.

Quemadmodum enim liberi non omnes ejusdem conditionis sunt, ita & modo major, modo minor erat patris potestas eos exheredandi. Nimirum distinguuntur liberi in *suos & emancipatos*, in *legitimos, & illegitimos*, in *naturales & adoptivos*, in *filios & filias*, in *primi & ulteriorum graduum* liberos, ac denique in *natos & posthumos*. Omnium optimæ conditionis erant *filii sui naturales primi gradus*. Hi enim aut instituendi erant, aut *nominatim* exheredandi. Si enim pater eos testamento præterisset, aut e. g. ita scripsisset, *filium meum nequam exheredem scribo*, nullum erat testamentum, quia filius nec heres institutus, nec exheredatus nominatim fuerat. Ceterum si unicum quis filium haberet, per se patet non opus fuisse expressione nominis, quum de quo senserit testator, satis constaret, *pr. Inst. h. t.* Proximæ his erant *filiæ suæ & naturales*, nec non *nepotes*. Hi ita differebant a filiis, 1) quod quum illi deberent nominatim exheredari, filiæ & nepotes recto exheredarentur inter ceteros, e. g. *Titius & Mævius, filii mei heredes sunto: reliqui liberi mei exheredes sunto.* 2) Quod filius præteritus testamentum faceret nullum: si autem filia vel nepos essent præteriti, testamentum ideo non corrueret, sed præteriti accrescerent reliquis in portionem virilem.

§. DXXIV.

Proximi sunt *posthumi*. Eorum dura olim erat conditio, quia ne heredes quidem institui poterant, quippe personæ incertæ, §. 26. 27. *Inst. de legat.* Quum autem postea invaluisset principium *posthumum haberi pro nato, quoties de ejus commodo agitur*, factum est, ut & de posthumis regula valeret, *eos aut instituendos aut exheredandos esse*, §. 1. *Inst. h. t.* Quapropter si præteriti sint, & postea vivi nascantur, testamentum rumpunt, & ab intestato admittuntur tamquam reliqui liberi. Immo hodie ne contingere quidem potest, ut posthumus exheres scribatur. Postquam enim Justin. in *Nov. CXV.* certas caussas exheredationis, sic. ingratitudinis præscripsit, facile patet, in posthumum nullam cadere ingratitudinis suspicionem, adeoque illum nec exheredari posse.

§. DXXV.

Sequuntur liberi *emancipati*. Hi quum ratione patris pro extraneis habeantur, impune ab illo possunt præteriri, adeoque nec instituendi, nec exheredandi sunt. Id vero quum iniquum videretur prætori, vocavit eos *ad bonorum possessionem contra tabulas*. Hinc si id beneficium a prætore petunt, possunt partem hereditatis adipisci, nisi nominatim a patre sint exheredati, §. 3. *Inst. h. t.* Ceterum observandum est, id beneficium petendum esse *intra annum utilem*, eoque elapso nihil amplius remedii superesse. Vid. *L.* 1. *ff. de success. edict.*

§. DXXVI.

Denique quod *ad illegitimos & adoptivos attinet*, illi patrem non habere intelliguntur: hi vero ejusdem conditionis sunt ac naturales. Ex quo consequitur; 1) *ut illegitimos nec instituere nec exheredare*

*dare teneatur pater, sed illos impune prætereat.* Qua in re deterioris conditionis sunt quam emancipati, quibus, uti diximus, prodita est bonorum possessio contra tabulas, quam plane non habent illegitimi. 2) Ut adoptivi, quamdiu durat patria potestas, vel instituendi sunt, vel nominatim exheredandi. Ex quo porro inferimus, 3) minus plene adoptatos nec instituendos esse nec exheredandos, quia plane non sunt in patria potestate, §. 186.

## §. DXXVII. DXXVIII. DXXIX.

Tot tricis & ambagibus involuta est doctrina de exheredatione in *Inst. Pand. & Codice.* Sed Justinian. in *N. CXV.* totam hanc doctrinam reformavit, ita ut ad pauca axiomata jam possit reduci. I. *Omnes personæ, quibus debetur portio legitima, hodie aut instituendi, aut nominatim exheredandi sunt.* Debetur autem legitima liberis, parentibus, & fratribus & sororibus germanis, & consanguineis, si turpis persona illis præferatur. Quæstio hic incidit, unde legitima ista portio originem repetat? Et sane quam maxime probabile est, illam a JCto quodam introductam, ad exemplum quartæ Falcidiæ. Nam præterquam quod & ipsa semper olim fuit quarta pars bonorum, diserte vocatur quarta Falcidia in *L.* 8. 9. & 14. *ff. de inoffic. test. L.* 51. *C. eod.* & ap. *Paullum recept. sentent. lib.* 4. *Tit.* 5. §. 5. Sed hodie amplius non est quarta pars bonorum; Justinianus enim *N. XVIII. c.* 1: sanxit, ut si quatuor aut pauciores essent personæ, portio legitima esset *triens*, si plures, *semis.* II. *Omnis exheredatio debet fieri pure.* Hinc non videtur exheredatus, cui hoc elogium scripsit pater: *filius meus, si verum est, quod me injuria affecerit, exheres esto. L.* 3. §. 1. *ff. de lib. & posth.* III. *Exheredatio debet fieri a tota hereditate.* Nam si quis vel in nummulo heres instituatur, non est exheredatus, sed habet actionem in factum expletoriam ad supplendam legitimam. IV. *Omnis exheredatio debet fieri ex justa*

*sta caussa in ipsis tabulis exprimenda*, e. g. filius quia me verberavit, exheres esto.

## §. DXXX.

Sunt autem *justæ caussæ*, non quæcumque tales videntur testatoribus, sed quæ legibus sunt definitæ. Definivit autem eas Justinianus, & quidem in dicta *Nov. CXV. c.* 3. quatuordecim recensuit caussas, ob quas exheredari possent liberi. Eas videbimus. 1) *Gravis injuria*, scil. *verbalis*, e. g. si filius patrem nequam vocaverit. 2) *Injuria realis*, si filius patri manus intulerit eum verberando, pulsando &c. 3) *si vitæ ejus struxerit insidias.* 4) *si patrem detulerit apud magistratum*, e. g. quod fiscum defraudaverit, & pater inde damnum senserit. 5) *Si filius cum maleficis versatus sit, ut maleficus fieret*, ubi vulgo intelligunt sortilegos, cum tamen in greco textu sit μετὰ φαρμακῶν, i. e. cum veneficis. 6) *Si patrem testari prohibuerit*, quod adeo odiosum est, ut extraneis quoque hereditas ideo tamquam indignis eripiatur, per *L.* 1. §. 12. & *L.* 4. *ff. Si quis aliquid test. prob.* 7) *Si quis patrem furiosum neglexerit*, neque ejus custodiam in se susceperit. 8) *Si captum ab hoste non redemerit, lytro persoluto.* 9) *Si filius factus sit hereticus talis*, qualem paullo ante descripsimus, §. 514. 10) *Si filius patrem capitalis criminis accusaverit*, excepto crimine majestatis. Cum enim crimen hoc ita comparatum sit, ut & silentium puniatur, vitio non potest verti filio, quod salutem suam paternæ anteferat. Ceterum facile patet, hanc caussam ad solos filios, non filias pertinere, quia mulieres accusare nequeunt, per *L.* 8. *ff. de accus.* 11) *Si filius rem habuerit cum noverca.* Eam caussam ex ipsis sacris literis Justinianus sumpsisse videtur. *Gen.* 49., 34., ubi Jacobus Rubenem primogenitum ob id delictum a regno & sacerdotio excludit. 12) *Si filius mimos invito patre sequatur.* Id hodie adplicant scenicis & comœdis, sed male. Siquidem mimi erant homi-

mines infames, *L. 1. ff. de his qui not. infam*; nostri autem comœdi sæpe in dignitate vivunt, & plerumque patrum dignitas non admodum læditur, si filii hoc vitæ genus eligant. 13) *Si filius patrem carceri inclusum fidejussione liberare nolit.* Hæc quoque caussa propria tantum filiis. Filiæ enim tamquam mulieres pro aliis intercedere non possunt, impediente SCto Vellejano. Vid. *L. 11. §. 12. ff. de SCto Vellej.* 14) *Si filia vitam meretriciam eligat.* Non ergo sufficit, si stuprum passa sit: sed requiritur ut quæstum corporis faciat. Immo nec id quidem sufficit, si sed id quoque leges exigunt, ut sit minorennis, ut pater dotem obtulerit, eamque elocare voluerit. Tunc sane si honestæ conditioni hanc turpitudinem præferat, merito exheredatione digna judicatur.

## §. DXXXI.

Caussæ, propter quas *parentes* hereditate privari possunt, pauciores memorantur. *Nov. CXV. c. 4.* nempe *octo* tantum; cujus rei ratio in promptu est. Quum enim major sit liberorum erga parentes, quam parentum erga liberos obligatio, pauciores etiam oportet esse casus, quibus se ingratos præbere possunt parentes adversus liberos. Ex hisce octo caussis *prima* coincidit cum decima superioris §: *secunda* cum tertia: *tertia* cum undecima: *quarta* cum sexta: *quinta* cum octava: *sexta* cum septima: *septima* cum nona: *octava* sola singularis est. Ex justa enim vindicta pater a filio exheredari potest, si matri venenum præbuerit, vel mater, si patri intulerit manus violentas.

## §. DXXXII.

Supersunt caussæ, ob quas exheredari possunt *fratres* & *sorores*. Et sane hi impune præteriri possunt, adeoque ne opus quidem est eorum exheredatione, modo personam turpem non instituant. Si quis autem e. g. meretricem, lenam vel aliud

ejusmodi carcinoma instituat, fratres & sorores querela inofficiosi istud testamentum rescindent, nisi ex justa caussa fuerint exheredati. Et tales justæ caussæ tres occurrunt in *Nov. XXII. c. 47.* 1) Si frater fratris vitæ struxerit insidias, 2) Si criminis illum accusarit, & 3) si bonis ejus insigne detrimentum attulerit.

### §. DXXXIII.

Hæ sunt exheredationis caussæ justæ, ubi quæstio incidit, *an & aliæ atrociores admittantur?* Id merito negandum videtur, quia solas has sufficere voluit Justinianus. Sic e. g. non esset rata exheredatio filii ideo facta, quia hominem occiderit, vel furtum fecerit. Quamvis enim atrocia hæc sint delicta, inter caussas tamen exheredationis non occurrunt. Distinguendum ergo inter caussas *diversas*, quamvis atrociores, & caussas *ejusdem generis*. Illæ non admittuntur, hæ admittendæ sunt omnino. Sic e. g. quia patrem possum exheredare, quia matrem veneno sustulit, procul dubio etiam valebit exheredatio, si matrem gladio occiderit. Adcurate ea de re regit *Ulr. Huberus in Præl. ad Inst. h. t.*

## *TIT. XIV.*

## DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

### §. DXXXIV.

Exheredationi contrariam esse diximus *heredis institutionem*; de qua ita h. t. agitur, ut 1) ostendamus, quinam heredes institui possint? 2) quomodo as dividendus sit hereditarius? 3) quotuplici modo institutio heredis fieri possit?

### §. DXXXV. DXXXVI.

Quandoquidem vero in heredis institutione inter-

terna testamentorum sollemnitas consistit, adeo ut veluti caput & fundamentum totius testamenti adpelletur, §. 34. *Inst. de legat.*, quæritur primo omnium, quid sit hæres? Resp. Heredem esse *successorem in omne jus, quod defunctus habuit.* Qua definitione heres statim distinguitur a *legatario*, & *fideicommissario singulari*. Neuter enim horum succedit in universum defuncti jus, sed tantum in rem aliquam singularem, e. g. domum, agrum, bibliothecam &c. Unde quam legatarius & fideicommissarius nihil æris alieni a defuncto contracti solvant, hoc onus omnino incumbit heredi, quia est successor in universum jus, quod defunctus habuit, *L.* 24. *ff. de verb. sign.* Præmissa hac definitione, facile intelligetur prima tituli nostri quæstio, *quinam possint heredes institui?* Id enim explicamus axiomate generali ex definitione nostra ἀξίωμα derivato. *Quicumque tempore facti testamenti, mortis testatoris & aditionis, ejus conditionis est, ut in universum jus civis Romani possit succedere, is & heres institui potest.* Axiomate hoc nihil clarius est. Testamenti enim factio, de qua hic loquimur, est jus Quiritium, i. e. civibus Romanis proprium, adeoque & nemo ex testamento civis quidquam capere potest, quam qui in jura testatoris tamquam civis Romani succedere potest. Istud autem probe observandum tribus temporibus spectari, an aliquis institui possit. Capacem enim esse oportet 1) *tempore facti testamenti*, 2) *moriente testatore*, 3) *quando adit hereditatem.* Si quis enim intermediis temporibus inhabilis fuisset, id non nocet, *L.* 49. §. 1. *ff. h. t.* E. g. Cicero a Clodio in exsilium ejiciebatur, adeoque tunc incapax erat hereditatis, si vel exsulem aliquis instituisset, vel testator durante adhuc ejus exsilio decessisset, vel tamquam exsul adire voluisset hereditatem. Alias nihil nocuisset Ciceroni exsilium, si tribus istis temporibus in civitate fuisset.

§. DXXXVII.

Jam ad conclusiones ex hoc axiomate fluentes, Nempe I. inde sequitur, *ut & servi heredes institui possint.* Distinguendum tamen inter servos proprios, & alienos. *Proprii* nonnisi cum libertate heredes fiunt, quia alias non possunt succedere in jus civis Romani. *Alieni* autem etiam sine libertate recte instituuntur. Objicies, servum non posse succedere in jus civis Romani? Sed facilis est responsio, servos non institui ex propria persona, siquidem nullam habent, sed ex persona domini, *L.* 31. *pr. ff. h. t.* Hinc hereditatem non sibi, sed dominis adquirunt, adeoque sufficit, modo domini eorum succedere possint in jus universum civis Romani. Quamvis autem expediti juris sit, institui posse servum: singularis tamen notanda est exceptio ex rescripto *Severi* & *Antonini*, *pr. Inst. h. t.* quod nimirum, *si domina adulterii suspecta servum, cum quo rem habuisse dicitur, heredem scripserit, ea heredis institutio ante sententiam facta irrita habeatur.* Ratio in promptu est. Ita enim servus heres fieret liber, adeoque postea non posset torqueri, scil. quaestionibus diris subjici, & sic delictum maneret impunitum.

§. DXXXVIII.

Ex eodem axiomate II. colligimus, *solo cives Romanos*, non autem peregrinos posse heredes institui, *L.* 6. §. 1. *ff. h. t.* Quomodo enim posset peregrinus in jus civis Romani succedere? Vulgo tamen illud jus abrogatum putant per *Auth. omnes peregrini C. communia de success.* Sed in illa Authentica Fridericus II. non constituit peregrinos posse heredes institui, sed tantum eos testamenta condere & ab intestato bona proximis agnatis relinquere posse. Interim cum a Schiltero in *diss. de jure peregrinor.* recte observatum sit, hodie inter peregrinos & cives parum differentiae super-

esse,

esse, non mirum est hos etiam recte heredes scribi ubique.

## §. DXXXIX.

Quæstio II. oritur, *an & personæ incertæ hodie heredes esse possint?* Et observavimus jam supra §. 523. eos olim institui non potuisse. Institutio enim heredis est *titulus honorabilis*: quis vero honoraret personam incertam, cujus nullam ideam animo subjectam habet? Valuit sane hoc jus tempore Plinii sub Trajano, ceu ex ejus *Lib. V. ep.* 7. patet, ubi ostendit, *id quod municipio relictum erat, nullius momenti esse, non aliam ob caussam, quam quod municipia essent personæ incertæ.* Enimvero istud jus sensim mutatum est, adeoque jure novo distinguitur, *an persona incerta ex post facto certa fieri possit, nec ne?* Si certa nullo modo fieri potest, res ipsa docet irritam esse heredis institutionem, e. g. si quis heredem scripserit *Johannem*, & inter tot mille Johannes incertum sit de quo testator senserit. Sin autem ex post facto certa fieri potest, valet omnino institutio, e. g. *qui proximo anno consul futurus erit, eum heredem instituo* §. 26. 27. *Inst. de leg.* Hinc jam facile reddi ratio potest cur hereditas hodie relinqui possit pauperibus, ecclesiis, civitatibus & quibusvis corporibus licitis, i. e. a principe confirmatis, quæ omnia olim fieri non potuisse luculenter demonstravimus in *Ant. Rom. h. t.* §. 5.

## §. DXL. DXLI.

Quum ergo hactenus ostenderimus quinam heredes institui possint, proximum est, ut & qui non possint, videamus; quorum duo sunt genera. Alii enim prohibentur *simpliciter*, ita ut a nemine neque ullo casu institui possint: alii *secundum quid*, ut tantum certis casibus incapaces habeantur. *Simpliciter* prohibentur 1) *filii perduellium*, quos ad tam miseram conditionem adegit *lex* truculenta, 5. *C. ad L. Jul. maj.*, ut non solum

exsortes sint hereditatis paternæ & maternæ, sed & a nullo extraneo quidquam capere possint. Dicimus autem eam prohibitionem tantum ad filios pertinere. Paullo meliotis enim conditionis sunt *filiæ*, quibus ab ascendentibus maternis legitima relinqui potest. *L.* 5. *C. eod.* Simpliciter etiam 2) prohibentur aliquid ex hereditate capere *apostatæ*, *hæretici*, *Judæi*; quod tamen quomodo intelligendum sit, supra vidimus. Denique 3) simpliciter nihil capiunt *collegia*, & *corpora illicita*, *L.* 12. *C. h. t.* Non autem hic illicita dicuntur collegia moraliter, quæ contra bonos mores sint, e. g. collegia furum, latronum, &c., sed quæ a principe non sunt confirmata. Hinc quamvis e. g. collegium musicorum moraliter non sit illicitum, illi tamen nulla pars hereditatis relinqui potest, quia a principe non est confirmatum. Hi simpliciter erant incapaces *secundum quid*, & certis casibus institui nequit 1) *princeps*, quoties scil. id fit *litis caussa*, ut hostibus nostris adversarius potentissimus objiciatur; quam in rem elegans exstat *Severi* & *Antonini* impp. oratio in §. 8. *Inst. quib. mod. test. infirm.*, ubi digna illa principe vox occurrit, *licet legibus soluti simus*, *attamen legibus vivimus*. Secundum quid institui non potest 2) *conjux*, qui viduam duxit, vel quæ nubit viduo, si ipsi plus relinquatur quam unus ex liberis prioris matrimonii accepit. Odiosæ nimirum erant secundæ nuptiæ, & hinc prospectum volebant leges, liberis prioris matrimonii, ne istis bonis maternis paternisve privarentur. 3) Nihil inter se capere poterant *parentes* & *liberi incestuosi*, immo 4) ne liberi quidem *naturales* scil. ex concubina nati, a patre institui poterant, nisi deficientibus liberis legitimis & parentibus. *L.* 1. 2. *C. de liber. nat.* Addimus 5) *adulterum* & *adulteram* nihil inter se potuisse capere. Hinc si sibi invicem quidquam reliquerant, illud omne fiscus tanquam indignis eripiebat, & etiamnum eripit, *L.* 13. *ff. de his, quæ indignis auf.*

§. DXLII.

## §. DXLII.

Defuncti sumus parte hujus tituli prima: sequitur altera, *quomodo as hereditarius sit dividendus?* *As* vocabulum est origine græcum; & idem significat ac *unum*, *totum*, *integrum* ac *indivisum*. Græcum enim εἷς a Doribus & Siculis solebat pronunciari ἄς. Solebant autem Romani omnem universitatem ASSEM vocare. Nam e. g. quod per totum annum usurarum nomine solvendum erat, vocabant *assem usurarium*. Et hinc etiam totam massam hereditariam vocabant *assem hereditarium*. Omnis as ab iisdem Romanis dividebatur in *XII. uncias*, quæ a prima usque ad undecimam singularia nomina sortiebantur. Nam

(1) Si quis unam unciam vel duodecimam partem hereditatis acciperet, dicebatur heres ex UNCIA.

(2) Si duas uncias s. 2/12. accipit: heres dicitur *ex sextante*.

(3) Si tres uncias s. 3/12. erit heres *ex quadrante*.

(4) Si quatuor uncias s. 4/12. heres erit *ex triente*.

(5) Si quinque uncias s. 5/12. heres erit *ex quincunce*.

(6) Si sex uncias s. 6/12. heres erit *ex semisse*.

(7) Si septem uncias s. 7/12. heres dicitur *ex septunce*.

(8) Si octo uncias s. 8/12. heres erit *ex besse*.

(9) Si novem uncias s. 9/12. vocabitur heres *ex dodrante*.

(10) Si decem uncias s. 10/12. heres dicitur *ex decunce*, vel *dextante*.

(11) Si undecim uncias s. 11/12. heres erit *ex deunce*.

(12) Si duodecim uncias s. 12/12. heres erit *ex asse*.

Hæc sunt unciarum vocabula: *quid vero, si quis non totam unciam accipit, sed verbi caussa* 1/24? Tunc hæres dicitur ex *semiuncia*. Quod si ex quarta unciæ parte institutus sit, adeoque accipiat 2/48? Tunc dicitur heres ex *sicilico*. Sunt & alia hujus ge-

generis vocabula, sed in jure nostro rariora, unde ea hic merito prætermittimus. Legi autem possunt duo auctores antiqui, *Volusius Mecianus* & *Balbus de asse*, quos aureo suo libro de pecunia vetere subjunxit Jo. Frid. Gronovius.

§. DXLIII. DXLIV.

His præmissis facile intelligitur *quomodo dividenda sit hereditas*, maxime si testator in distribuendo asse erraverit. Axioma enim generale est *ita dividendam esse hereditatem, ne quid ex toto asse supersit.* Quia enim nemo pro parte testatus, pro parte intestatus potest decedere, §. 491. 3., earumque rerum naturalis inter se pugna est, *L. 7. ff. de R. J.* consequens est, ut totus as hereditarius inter heredes sit distribuendus. Alias enim pars superflua cederet heredibus ab intestato, & sic testator pro parte intestatus decederet. Ex hoc axiomate jam sequitur, 1) *ut si unus heres in parte institutus sit, is totum assem accipiat.* E. g. testator relinquit 30000., & heredem instituit Mævium ex semisse, nec alium ipsi dat coheredem, tunc Mævius loco semissis accipit 30000. *L. 1. §. 4. h. t.* 2). Inde sequitur, *ut si pluribus institutis heredibus nulli pars aliqua adscripta sit, omnes partes æquales accipiant.* Hinc si superior testator sex instituerit heredes, nec adjecerit quantum quisque habere debeat, singuli accipient 5000. Ceterum hic observandum, *personas plures conjunctas semper pro una haberi*; *L. 11. 13. ff. h. t.* E. g. si superior testator ita scripserit, *primus* heres esto: *secundus* & *tertius* heredes sunto: *quartus*, *quintus*, *sextus*, & *septimus* heredes sunto: partes fient tres & primus accipiet 10000, secundus & tertius singuli 5000, reliqui singuli 2500. 3) Inde sequitur, *ut si ex asse aliquid supersit, id singulis pro rata adcrescat.* E. g. testator reliquit 40000, & primum instituit in semisse, alterum in quadrante, supersunt ergo 10000, qui dividuntur inter duos coheredes, ita ut primus duplo plus inde accipiat quam

quam alter. 4) Inde sequitur, *ut si justo plures unciæ distributæ sint, id quod deficit, singulis pro rata decrescat.* E. g. testator reliquit 12000, & primum instituit in semisse, secundum, tertium, quartum, singulos in quadrante. Jam cum unus quadrans deficiat, ille singulis pro rata debet decrescere, & hinc primus accipiet 6000, secundus 2000, tertius 2000, quartus 2000, perinde ac si hi in sextante essent instituti. 5) Inde sequitur *ut si partes in quibusdam heredibus expressæ sint, in quibusdam non expressæ, hi posteriores accipiant quod superest, vel si nihil supersit, ex asse fiat* Dupondium, *i. e. hereditas dividatur in XXIV. uncias.* E. g. testator primum instituit ex quadrante, secundum ex triente, tertium, quartum & quintum sine portione expressa heredes scribit. Massa hereditaria est 12000. Ergo primus accipiet 3000, secundus 4000. Jam cum supersint 5000, ea inter se dividunt æqualiter reliqui, quibus nulla pars adscripta est. Contra si ita scripserit testator, primus heres esto ex triente, secundus ex triente, tertius ex triente, præterea quartus heres esto: tunc primus accipit 2000, secundus 2000, tertius tantumdem, quartus 6000.

## §. DXLV. DXLVI.

Reliqua est tertia tituli pars *de modis instituendi heredem.* Fit autem institutio vel *pure*, vel *sub conditione.* Annon etiam *in diem*, vel *ex die?* Neg. quia sic statim testator pro parte testatus, pro parte intestatus decederet. Non sane si quis scripsisset, *Titius heres esto post decennium:* tunc eo usque hereditas manere deberet penes heredes ab intestato, quod jura nostra non permittunt. Aliud tamen dicendum, si dies adjectus incertus sit, adeo ut non constet an umquam sit constitutus. Hujusmodi enim dies incertus pro conditione habetur, & hinc valet institutio ita facta, *quo dies eris consul creatus, heres esto.* An enim umquam consul futurus sit, incertum est. Quum ergo & sub conditione fiat

fiat heredis institutio, quæritur, *quid & quotuplex sit conditio*? Definitur conditio, quod sit *circumstantia, a qua res suspenditur tamquam ab incerto eventu.* Unde facile patet conditionem non esse, quæ in præteritum tempus confertur. Quomodo enim incertum esse potest, quod jam factum? Aliquando tamen loco conditionis est, si ratione notitiæ nostræ res incerta sit; id quod frequenter occurrit in sponsionibus; e. g. dabisne 100, si portus S. Andreæ est occupatus? Dividitur porro conditio a doctoribus in *possibilem* & *impossibilem*; sed parum commoda est hæc divisio, nec divisioni quadrat: conditio enim est, quæ suspendit rem ab incerto eventu. Impossibilis autem conditio numquam est eventus incertus, quum jam tum constet eam numquam adimpletam iri. Ceterum quia aliquam utilitatem præstat hæc divisio, illa merito in jure toleratur.

## §. DXLVII.

*Possibilis conditio* denuo dividi solet in *potestativam*, *casualem* & *mixtam*. *Potestativa* est, quæ in nostra potestate posita est: *casualis*, quæ a fato pendet, *mixta*, quæ partim ab arbitrio nostro, partim a fato pendet. Sed si fatendum est, quod res est, ne hæc quidem divisio adcurata est. Vix enim exemplum potest potestativæ conditionis dari, ubi non providentia divina simul utramque paginam faciat.

## §. DXLVIII.

*Impossibilis* conditio itidem triplex est. Aut enim impossibilis est *legibus*, vel bonis moribus, e. g. heres esto si fratrem occideris, vel in foro nudus saltaveris; aut *natura*, e. g. heres esto si flumen ebiberis; aut *perplexitate verborum*, si ita sibi repugnent verba, ut res exitum habere nequeat; e. g. si primus heres erit, secundus heres esto: si secundus, primus heres esto. Tot species

sunt

sunt conditionum: & tamen addi potest nova divisio, quod aliæ conditiones sunt *affirmativæ*, e. g. heres esto, si uxorem duxeris: aliæ *negativæ*, e. g. heres esto, si religionem non mutaveris. Posteriores id habent singulare, quod non suspendunt hereditatem, sed institutus eam statim possit accipere, modo cautionem præstet se, si contra conditionem egerit, illam hereditatem statim cum usuris restituturum. Quæ cautio ab inventore Q. Mutio Scævola vocatur *cautio Mutiana L. 7. pr. ff. de cond. & demonstr.*

## §. DXLIX. DL.

Explicatis divisionibus conditionum, ad ipsarum *regulas* progredimur. Quarum 1) hæc est, *conditio heredi suo adscribi nequit, nisi potestative L. ult. C. de cond. & dem.* Ratio est, quia heredibus suis ipsa lex hereditatem destinavit, adeoque in patris arbitrio non est positum, filium duriore conditione onerare. 2) *Conditiones possibiles qualescumque ab extraneo herede adimplendæ sunt.* Testator enim est instar legislatoris, & hinc qualemcumque legem dicere potest heredi suo. Id tamen observandum, si plures conditiones *copulativæ* adscriptæ sint heredi, omnes adimplendas: sin *disjunctivæ*, sufficere si una adimpleatur. E. g. si testator scripserit, heres esto si doctor juris fies & filiam meam uxorem duces, utrumque ab herede præstandum est. Contra, si quis ita institutus sit, heres esto, si vel sororem meam uxorem duxeris, vel juri operam navaveris, sufficit si alterutrum præstiterit. 3) *Si conditio a tertii arbitrio dependet, & hic in culpa est, quo minus adimpleri possit, pro adimpleta habetur.* Sic superiore casu, ubi heres jussus erat testatoris sororem uxorem ducere, si soror ista heredi repulsam det, perinde hereditatem accipiet heres ac si illam duxisset. 4) *Conditio impossibilis pro non adjecta habetur.* Elegans exemplum exstat ap. Petron. in *Satyric.* p. 157.

p. 157., ubi Eumolpus ita heredes instituerat, *omnes, qui in testamento meo aliquid habent, praeter liberos meos, ea conditione percipient, quae dedi, si corpus meum in partes consciderint & adstante populo comederint.* Hic sane heredes poterant portiones suas capere, etiamsi tam delicatum bolum non deglutiissent. Id notatu dignum, aliter sese rem habere in contractibus. His enim adjecta conditio impossibilis, non pro non adjecta habetur, sed ipsum contractum vitiat, §. 10. *Inst. de inutil. stipul.* Sed ratio non obscura est. Testamentum enim est actus unilateralis, & heres in conditionem impossibilem numquam consensit. Contractus autem tamquam actus bilateralis utriusque consensum requirit. Qui ergo in conditionem impossibilem consensit, aut sanae mensis non fuit, aut jocatus est, neutro autem casu contractus valere potest. 5) *Conditio perplexa institutionem reddit inutilem.* Nam jam supra 547. §. ostendimus eam exitum habere non posse. 6) *Heres ante existentem conditionem defuncti hereditatem ad heredes suos non transmittit.* Quomodo enim heredibus relinquere potest quod ipse nondum habuit? Denuo tamen aliud observatur in contractibus, siquidem & spes ex illis ad heredes transmittitur, §. 4. *Inst. de V. Oblig.* Hinc e. g. si quis me heredem instituerit, si navis redierit ex Asia, & ego ante reditum navis moriar, liberi mei nihil accipient, licet post mortem meam navis feliciter redeat. Contra si quis mihi sub hac conditione aliquid promiserit me mortuo, & liberis promissum servandum est, modo navis redeat.

TIT.

## TIT. XV.

## DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

### §. DLI.

SEquitur jam doctrina de *substitutionibus*, quæ Romæ fuerunt frequentissimæ adeo, ut non solum secundum heredem instituerent in locum deficientis primi, sed & tertium, quartum & plures. Sic apud *Suet. in vit. Aug. c.* 101. Augustus heredes instituit primos Tiberium, & Liviam, secundos Drusum Germanicum & liberos ejus, tertio gradu propinquos, amicosque complures. Consilium testatorum hoc erat, ut si primi heredes hereditatem amitterent, secundi heredes essent; sin secundi nollent adire, tertii heredes essent; idque vocabant *substituere*. Ratio hujus substitutionis est duplex. *Prima*, quia ob æs alienum latitans heredes instituti hereditatem sæpe repudiabant, idque ignominiosum veteribus videbatur. *Altera*, quia qui filios impuberes relinquebant, verebantur, ne impuberes intestati decederent; unde illis substituebant pupillariter quoscumque vellent.

### §. DLII. DLIII. DLIV. DLV.

Hinc facile intelliguntur substitutionis definitio, & divisiones. Definitur SUBSTITUTIO in jure nostro *institutio heredis secundi in locum deficientis primi*. E. g. Mævius heres esto; si heres non erit, Sempronius heres esto. Potest tamen definitioni addi, *posse etiam tertium, quartum & plures heredes in locum antecedentium substitui*, ceu jam exemplo testamenti Augusti demonstravimus. Est autem substitutio vel *directa*, vel *fideicommissoria*. *Directa* fit verbis directis vel imperativis: *fideicommissoria* fit verbis precativis, s. obliquis. E. g. Mævius heres esto, eumque rogo, ut si sine liberis moriatur, hereditatem Sempronio relinquat.

quat. Sed *substitutio fideicommissoria* proprie substitutio non est; non vulgaris, quia illa fit in casum, si heres non erit: nec pupillaris, quia ita & adultis potest substitui. Ita tamen inter doctores receptum est, ut & fideicommissoriam statuant substitutionem. Majoris utilitatis est altera divisio in *vulgarem*, & *pupillarem*. *Vulgaris* est, quando quilibet testator cuilibet heredi substituit in casum, si heres futurus non sit: *pupillaris* contra est, quando pater substituit filio impuberi in casum, si heres erit & intra pubertatis annos moriatur. Differentia inter hasce substitutiones triplex est. Nam 1) vulgariter substituere possunt omnes testatores; pupillariter tantum patres. 2) Vulgariter substituitur heredibus quibuscumque: pupillariter tantum liberis impuberibus. 3) Vulgariter substituimus in casum *negativum*, si heres non erit: pupillariter in casum *affirmativum*, si heres erit & intra pubertatis annos morietur. Denique dividitur etiam substitutio in *expressam*, & *tacitam*. Expressa est, quæ verbis exprimitur: tacita, quando una sub altera intelligitur. Semper enim sub pupillari substitutione tacite etiam intelligitur vulgaris, & sub vulgari etiam pupillaris comprehenditur, si impuberi vulgariter sit substitutum, *L. 4. ff. h. t.*

## §. DLVI.

Hæ sunt divisiones substitutionis: jam h. t. de *vulgari* agitur. Cum vero ista fiat in casum, si heres non erit, quæritur, *an id intelligendum sit de casu, si nolit heres esse, an si non possit?* Resp. observandam hic esse regulam duplicem. 1) *Verba*, Si Heres Non Erit, *ad utrumque casum, pertinet;* quem doctores vocant *casum voluntatis & impotentiæ*. 2) *Si alteruter casus expressus est, alter sub illo tacite intelligitur*. Hinc si e. g. testator dixerit: Titius heres esto; si heres esse non potuerit, Mævius heres esto: perinde est, ac si dixisset, si heres esse noluerit; quod doctores stylo

lo suo ita solent exprimere, *casus voluntatis comprehendit etiam casum impotentiæ*, & *v. v.*

## §. DLVII.

Jam progredimur ad *conclusiones* ex ipsa definitione fluentes. Diximus substitutionem vulgarem esse institutionem heredis secundi etc.: inde vero sequitur 1) *eosdem posse substitui, qui possunt institui.* Quicumque ergo inabiles sunt ad consequendam hereditatem, isti & substitui nemini possunt. E. g. vidimus superiore titulo collegia illicita non posse heredes fieri: ergo si quis scripserit, Titius heres esto, si heres non erit, collegium musicum ipsi substitutum esto; substitutio illa plane nullius erit momenti. 2) *Posse in locum unius, & unum in locum plurium substitui, & singulos in locum singulorum*; quod per se clarum est, nec exemplis indiget. 3) *Ipsos etiam coheredes sibi invicem posse* substitui: id quod fit hac formula: *primus, secundus, tertius heredes sunto; si unus ex his deficiat, reliqui substituti sunto.* Vocatur hæc substitutio coheredum *reciproca, mutua*, & a doctoribus *breviloqua.* Sed quum & sine substitutione portio deficiens coheredibus accrescere soleat, facile patet hanc substitutionem plerumque supervacuam esse.

## §. DLVIII.

Ex eadem definitione porro inferimus: 4) *substitutum in dubio ad eandem partem vocatum intelligi, ad quam vocatus est institutus*, quippe in cujus locum succedit. Hinc si primus institutus sit ex sextante, secundus, tertius & quartus ex quadrantibus, quintus itidem ex sextante, & primo substitutus sit sextus, secundo septimus; & sic porro: sextus deficiente primo accipiet sextantem; septimus deficiente secundo quadrantem, & sic porro. 5) *Substitutionem vulgarem expirare* duplici casu: (1) si substitutus ante testatorem moria-

riatur, & (2) si institutus hereditatem adeat. Ita vulgo doctores. Sed primus observavit cl. Pagenstecherus in *Aphor. h. t.* adhuc duos alios casus in jure nostro occurrere, nempe (3) si heres in adeunda hereditate contumax fuerit, *Nov.* 1. *c.* 1. (4) si minor hereditatem adierit, & postea restitutionem in integrum impetraverit, tunc enim nihilominus substitutionem evanescere discimus ex *L.* 7. §. 10. *ff. de minoribus.*

## §. DLVIII.

Reliqua est sexta conclusio, quam ita exprimunt JCti: *substitutus substituto substitutus est etiam instituto*, §. 3. *Inst. h. t.* Casus hic est: Primus heres esto; si heres non est, secundus heres esto; si nec secundus heres erit, tertius heres esto. Jam mortuo testatore secundus jam decessit; primus hereditatem repudiat, adeoque quæritur an tertius admittendus sit? Ratio dubitandi est, quod tertius non substitutus sit primo, sed secundo. Et nihilominus tamen admittitur, quia substitutus substituto etiam instituto intelligitur substitutus. Nam sicuti ad §. 550. monuimus, ignominiosum Romanis videbatur heredem ex testamento nullum exstare, & hinc omnes substitutos admittebant ne testamenta destituerentur.

# TIT. XVI.

## DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

## §. DLIX.

Hactenus de substitutione vulgari, a qua quomodo pupillaris differat, jam ad superiorem titulum docuimus. Jam definitionem tantum videbimus. Pupillaris Substitutio est, *quando pater liberis impuberibus in potestate sua constitutis & in alterius potestatem non recasuris substituit in eum casum, si intra pubertatis annos decesserint.* Si de ori-

origine hujus substitutionis sumus solliciti, Vinnius, Schultingius aliique viri docti negant eam ex Leg. XII. Tab. esse, quum tamen vulgarem inde repetere soleant. Sed procul dubio viros doctissimos ratio fugit. Lex enim XII. Tab. dicit, *paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* Jam vero sæpe monuimus liberos ratione patris non esse personas, sed res (§. 135.) Ergo dum pater filio suo heredem scribit, s. substituit, manifesto legat, s. disponit *de pecunia suæ rei*, adeoque dubitari nequit quin substitutio pupillaris ex ipsis XII. Tabb. derivanda sit.

## §. DLX.

Vidimus definitionem & originem hujus substitutionis: progrediamur ad *axiomata*, quæ nobis definitio suppeditat, quorum tria sunt. I. *Fundamentum substitutionis pupillaris est patria potestas.* Hoc axioma vel inde clarum est, quod L. XII. Tabb. tantum patri permittit legare de pecunia suæ rei, non autem extraneo. II. *Substitutionis hujus caussa est immatura ætas vel impubertas.* Quum enim impuberes ipsi non possint testamentum condere §. 516. 7. æquum videbatur Romanis eorum loco testari patrem, quæ ratio cessat ubi liberi ad pubertatem pervenerunt. III. *Substitutio pupillaris est duplex testamentum*, §. 2. *Inst. h. t.* Sed id recte intelligendum: non enim duplex est ratione formæ, s. sollemnitatum, siquidem non plures quam septem testes requiruntur; sed rationem materiæ & heredis institutionis. Nam primo pater ipse condit testamentum, & heredem scribit filium: deinde & pro filio testatur, eique heredem scribit in casum, si intra pubertatem moriatur.

## §. DLXI.

Ex singulis axiomatibus jam conclusiones quædam fluunt. Nam quia fundamentum hujus substi-

stitutionis est patria potestas, §. 559, 1; sequitur, 1) *matrem hoc modo substituere non posse*, quippe quæ liberos numquam in potestate habet. Id quidem matri nemo denegat, ut possit vulgariter substituere liberis, pupillariter autem numquam potest. 2) *Ne patrem quidem pupillariter substituere posse liberis emancipatis.* Quum enim hi ex patria potestate dimissi sint, fundamentum autem hujus substitutionis sit patria potestas, §. 559. 1. per se patet, institutionem hujusmodi non valere. *L.* 2. *pr. Inst. h. t.* 3.) *Ne avum quidem pupillariter substituere posse nepotibus in patris sui potestatem recasuris.* Hi enim mortuo avo non sunt sui juris, adeoque nec illis heres alius existere potest quam pater. Attamen lege Velleja cautum est, ut si avus nepotem vel instituat vel exheredet, eidem etiam possit pupillariter substituere; quæ substitutio fieri dicitur ex formula legis Vellejæ. *L.* 2. *pr. ff. h. t.* 4) *Patrem etiam substituere posse filio exheredato. L.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Fundamentum enim, ut sæpe diximus, est patria potestas, quæ exheredatione non tollitur. Posset aliquis objicere, exheredato nihil bonorum esse, quod ad substitutum possit pervenire. Sed quamvis non habeat bona paterna, potest tamen maternis locuples esse: pupillaris autem substitutio ad omnia filii bona porrigitur. 5) *Evanescere substitutionem, si filius vivo adhuc patre sit emancipatus, vel eo mortuo arrogatus.* Quemadmodum enim priore casu patria potestas desinit, ita posteriore filius non amplius est sui juris, adeoque non alium quam patrem successorem & heredem habere potest.

## §. DLXII.

**Hæ conclusiones ex primo axiomate fluunt. Sequitur alterum, caussam hujus substitutionis esse ætatem immaturam, s. impubertatem, §. 559. 2. Ex eo axiomate porro inferimus, 6) *filio non posse substitui nisi ad annos pubertatis*, quamvis**

**ad**

id brevius tempus recte substituatur. Sane in *L.* 21. *ff. h. t.* exemplum occurrit substitutionis hujusmodi: si filius meus intra X. annum decesserat, Sejus heres esto. Ratio est, quia post pubertatem ipse filius potest testamentum condere; adeoque non opus est, ut pro eo pater testamentum faciat. Quid si tamen pater filio substituerit ultra pubertatem? an ideo nullius momenti erit hæc substitutio? Resp. tunc illam valere tamquam fideicommissum, adeoque perinde esse ac si pater rogaverit filium, ut hereditatem Sejo relinquat. *L.* 2. *C. de legat.* 7) *Evanescere substitutionem simulac filius ad pubertatem pervenit.* Nihil enim magis naturale est, quam ut cessante caussa etiam effectus cesset.

§. DLXIII.

Superest tertium axioma, substitutio pupillaris est duplex testamentum, §. 559. 3. Inde colligimus 8) *non posse patrem filio substituere vel pro eo testari, nisi prius sibi testamentum fecerit L.* 2. §. 4. *ff. h. t.* Quomodo enim posset intelligi substitutio, nisi institutio præcesserit? 9) *Substitutum omnia impuberis bona accipere, sive paterna sint, sive materna.* Ad omnia enim filii bona substitutionem porrigi paullo ante monuimus. Hinc si mater adhuc vivit, illa nihil ac ne legitimam quidem accipit, neque querela inofficiosi expetiri potest, quia non a filio, sed patre exclusa est, qui uxori legitimam non debet, *L.* 8. §. 15. *ff. de inoff. test.* Plerique doctores hic aliquam iniquitatem videntur deprehendere, & hic etiam in foro invaluit ut, non obstante jure Romano, matri hoc casu legitima adjudicetur. Vid. *Zoesius in Comment. ad ff. h. t.* §. 50. 10) *Corruente patris testamento, corruere etiam substitutionem pupillarem.* Substitutio enim est sequela testamenti paterni, ejusque veluti accessorium: accessorium autem suum principale sequitur.

V §. DLXIV.

## §. DLXIV. DLXV. DLXVI.

Hæ duæ species substitutionis, vulgaris & pupillaris, jure Digestorum solæ notæ fuerunt. Accessit postea nova a Justiniano inventa in *L. 9. C. impuber. & aliis subst.*, unde etiam *Justinianea* dicitur, itemque *exemplaris* & *quasi pupillaris.* Differt hæc a pupillari in hisce: (1) *Pupillaris fit liberis impuberibus; quasi pupillaris furiosis, mente captis, prodigis, surdis & mutis*, etiam puberibus. (2) Pupillaris fit a solo patre: hæc ab omnibus ascendentibus. (3) Pupillariter substituitur etiam exheredatis: quasi pupillariter nonnisi institutis heredibus. (4) Pupillariter substituere possumus quemcumque, etiam extraneum: quasi pupillariter anre omnia liberos furiosos; vel, si hi non extent, fratres & sorores, & his non extantibus, quemcumque libet. (7) Pupillaris substitutio evanescit pubertate: quasi pupillaris cessante furore, vel corporis animique vitio.

## §. DLXVII.

Denique reperitur substitutio *militaris*, quæ & *privilegiata* dicitur a doctoribus. Quemadmodum enim supra §. 502. ostendimus, militibus testamentum condituris omnes sollemnitates internas æque ac externas remissas esse: ita & substituere possunt pro lubitu. Hinc etiam liberis substituunt ultra pubertatem; hinc extraneis recte substituunt in casum, si heredes fuerint: quæ omnia paganis non licere, supra satis jam ostendimus.

TIT.

## TIT. XVII.

## QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

### §. DLXVIII.

SEmper in institutionibus ordinem hunc accuratum tenet Justinianus ut, præmissa doctrina, aliqua subjiciat ejus contraria. Hinc cum hactenus actum sit de modis, quibus testamenta fiant: proximum est; ut videamus quomodo infirmentur. Hinc insignem deprehendere licet JCtorum sollicitudinem in distinguendis vocabulis. Alia enim testamenta dicuntur *nulla*, alia *injusta*, alia *rupta*; vel uti in ss. rubrica h. t. ἀρχαϊκῶς legimus, alia *rupta*, alia *irrita*, alia *destituta*, alia denique *rescissa*, quæ omnia non confundenda esse, ea docebunt quæ monebimus de singulis.

### §. DLXIX.

*Primo*, quædam testamenta sunt ipso jure NULLA, idque contingit ob duplicem caussam. 1) *Si quid peccatum sit in heredis institutione*, e. g. si vel nullus heres institutus, vel liberi sui præteriti &c. 2) Si, qui testamentum condit, *inhabilis est* & per leges nequit, e. g. si impubes vel filiusfamilias condiderit testamentum, *L. 1. ff. h. t.* Ergo omnis nullitas aut ex persona testatoris nascitur, aut ex vitio circa sollemnitatem internam, s. heredis institutionem.

### §. DLXX. DLXXI.

Deinde, INJUSTUM dicitur testamentum, quod non jure factum, i. e. in quo omissæ sunt sollemnitates internæ, seu uti in *L. 1. ff. h. t.* vocantur, sollemnia juris. Sic e. g. si nonnisi quatuor testes adhibiti, vel testamentum uno contextu

non factum, vel aliud hujusmodi quid omissum. Hæc sunt testamenta nulla & injusta, quæ ita nullius effectus sunt, ut non modo heredis institutio effectum non habeat, sed & reliqua testamenti capita, veluti legata, fideicommissa, donationes mortis caussa evanescant, perinde ac si intestatus moreretur testator. Aliquando tamen contingit, ut testamenta injusta sustineantur per clausulam codicillarem: *Si meum testamentum non valebit tamquam testamentum, tunc valeat ceu codicillus, vel quocumque modo valere possit.* Per hanc enim formulam ex testamento fiunt codicilli, & ex heredis institutione fideicommissum, modo quinque testes subscripserint. Dicemus ea de re plura infra (§. 686. & seqq.)

## §. DLXXII. DLXXIII. DLXXIV.

Tertio, aliquando testamentum RUMPITUR, idque fit duplici modo: 1) per agnationem posthumi, & 2) per posterius testamentum perfectum. AGNATIO POSTHUMI jure suo duplex est, vel *naturalis*, vel *civilis*. *Naturalis*, quando post conditum testamentum testatori filius vel filia nascitur, sive vivo sive jam mortuo. Si enim illius mentio non facta in testamento, illius nativitate testamentum statim rumpitur. *Civilis*, quando testator post testamentum aliquem arrogat vel legitimat. Nam & hi, qui in testatoris potestatem rediguntur, & testamento tamen præteriti sunt, illud statim rumpunt. POSTERIORE TESTAMENTO itidem rumpitur prius, modo illud perfectum sit per omnia. Quod adeo verum est ut, quamvis priori adjecta sit clausula derogatoria: *si postea novum testamentum condidero, illud nullius momenti erit, & hoc semper valere volo*, nihilominus tamen prius per posterius rumpatur. *L. 27. C. de test.* Quin adhuc obtinet regula, si in priori testamento juraverit testator se id numquam mutaturum. Quamvis enim perjurium admittat, non tamen ideo subsistit testamentum prius, si posterius adest. Genera-

talis enim est illa regula: *Nemo potest sibi legem dicere, a qua discedere non possit. L. 22. ff. de legat.* 3. vel uti alias JCti loquuntur, voluntas hominis est ambulatoria usque ad mortem. *L. 4. ff. de adim. l. transfer. legatis.* Ratio hæc est, quia testamenti factio est actio unilateralis, ex quo cum nemini jus quæsitum sit, nihil quoque obstat quo minus mutetur; quod in contractibus secus se habet. Sed quæritur, si testator novum testamentum non condidit, sed tantum coram quibusdam declaravit, se nolle ut prius valeat, an tunc rumpatur testamentum? Resp. Sola hæc declaratio testamentum prius non rumpit, nisi adfuerint tres testes, & ab ista revocatione lapsum sit decennium *L. 27. C. de test.* Quum enim nihil tam sit naturale, quam eodem genere quidque dissolvi, quo colligatum est, *L. 35. ff. de R. J.* inconveniens sane erat testamentum sollemne sine sollemnitatibus revocare. Aliud dicendum, si testator testamentum a se conditum inciderit, laceraverit, deleverit, signa detraxerit. Tunc enim sine omni sollemnitate illud corruit, & in sensu propriissimo rumpitur. Ceterum omnibus hisce casibus totum testamentum, omniaque ejus capita evanescunt. Triplici tamen casu illud potest sustineri. 1) Si testator declaraverit in posteriore testamento se & prius valere velle. Tunc enim prius valet per modum fideicommissi, ac si rogatus esset heres posteriore testamento institutus, ut heredibus prioris testamenti hereditatem restituat. §. 3. *Inst. h. t.* 2) Si posthumus, qui testamentum rupit, vivo testatore decesserit. Tunc enim prætor remoto impedimento dat bonorum possessionem secundum tabulas, *L. 12. ff. h. t.* 3) Si testator tabulas postremas inciderit, ut priores supremas relinqueret. Quamvis enim hoc casu ipso jure prius testamentum ruptum sit, denuo tamen prætor dat bonorum possessionem secundum tabulas, *L. 11. §. 2. ff. de bonor. poss. sec. tab.*

V 3 §. DLXXV.

## §. DLXXV. DLXXVI.

Quarto, testamentum aliquando vocatur Irritum, quoties testatoris status mutatur, i. e. quoties vel maximam vel mediam vel minimam capitis deminutionem patitur, §. 4. *Inst. h. t.* Omnibus enim hisce casibus res incidit in eam caussam, a qua incipere non potest. Maxima enim capitis deminutione testator fit servus, media peregrinus, minima filiusfamilias. Atqui neque servus, neque peregrinus, neque filiusfamilias testamentum condere potest. Quamvis ergo & irritum testamentum plane corruat, denuo tamen prætor occurrit institutis heredibus, modo testator tempore mortis iterum fuerit habilis. Fingamus Ciceronem ante exilium condidisse testamentum, sane per exilium statim illud fiebat irritum. Tamen, quia paullo post restituebatur in integrum, & tamquam civis moriebatur, prætor ex ejus testamento irrito dare poterat bonorum possessionem secundum tabulas, §. 6. *Inst. h. t.*

## §. DLXXVII.

Quinto, quædam testamenta vocantur Destituta, quoties heres institutus vel non vult, vel non potest hereditatem adire, adeoque nullus ex illo testamento heres existit. Tunc enim res ipsa docet rem redire ad caussam intestati, adeoque totum testamentum evanidum fieri. §. 6. *Inst. de her. qui ab intest.* Prius, quod si heres repudiaret hereditatem, olim frequenter admodum contingebat ob latitans aes alienum. Hodie autem id rarissime fieri solet ob inventum Beneficium Inventarii, siquidem nemo hodie tenetur ultra vires hereditatis, modo conficiat inventarium, de quo infr. §. CXCIX.

§. DLXXVIII.

## §. DLXXVIII.

Denique sexto testamenta quædam dicuntur RESCINDI, idque fit *per querelam inofficiosi testamenti*, de qua proximo titulo ex instituto agitur.

## *TIT. XVIII.*

## DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

## §. DLXXIX.

CUm testamentum rescindi diximus *querela inofficiosi testamenti*, de ea jam paullo accuratius agendum. Et quidem statim incidit quæstio magni momenti. De origine hujus quæstionis celeberrimæ, de qua non convenit inter auctores præstantissimos, Franciscus *Duarenus* in *Prælect. ad h. t. c.* 2. existimat, eam ex constitutionibus principum natam esse. Sed hic perspicue fallitur, quum non modo Cicero aliquoties hujus querelæ meminerit tempore liberæ reipublicæ, sed & Valer. Max. *L.* 7. *c.* 7. §. 5. referat, hanc actionem institutam esse A. V. C. DCLXXXII. apud Calputnium prætorem. Nec minus errat Petrus Pithoeus in *notis ad Collationem Leg. Mosaic. & Romanar. Tit. XVI.* §. 3., qui hanc querelam a prætore introductam censet. Obstat enim illi *L.* 6. *pr. ff. de bonor. posses. contr. tabb.*, ubi diserte dicitur *prætorem exheredatis non succurrere*. Singularis est conjectura Jacobi Cujacii, querelam hanc introductam esse existimantis per legem Gliciam. Sed & hanc destruximus in *Antiq. Rom. h. t.* §. 5. Quare verissimum est, auctores hujus querelæ esse JCtos, qui cum viderent sæpe parentes liberos sine justa caussa exheredare, scirentque furiosos & mente captos testamentum condere non posse: finxerunt, testatorem hujusmodi non sanæ mentis fuisse, idque inde probarunt, quod liberos numquam de se male meritos exheredarint vel prætetierint. Et hinc

in *pr. Inst. h. t.* dicitur, hanc querelam institui *hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint quum testamentum ordinarent.* Bynkersh. *Obs. l. II. c.* 22.

## §. DLXXX.

Actio itaque illa, qua liberi injuste exheredati rescindebant parentum testamenta, singulari nomine QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI vocatur; cujus denominationis itidem reddenda ratio. Nimirum quemadmodum extranei *inter se agere* dicebantur, ita propinqui tantum *conquerebantur.* Quum ergo hoc remedium tantum propinquis adversus propinquorum testamenta competeret: *illud non actio* vocabatur, sed *querela*; ceu jam observavit *Voss.* in *Inst. Orat. l. I. c.* 6. §. 2. Porro *inofficiosum* dicitur ab officio. Jam enim SENECA *l.* 3. *de benef. c.* 18 observavit Romanos accurate discernere officium, beneficium, ministerium: *beneficium* præstari ab extraneis, *ministerium* ab illis qui in nostra potestate sunt, *officium* denique a propinquis & cognatis. Ergo colligebant JCti ad officium propinquorum etiam pertinere, ut se invicem morientes heredes instituant. Quare si quis id non fecisset, contra officium egisse dicebatur, adeoque ejus testamentum erat inofficiosum.

## §. DLXXXI.

Hisce præmissis jam facile intelligetur definitio hujus querelæ. Est enim nihil aliud quam species hereditatis petitionis, qua injuste exheredati, vel aliquando etiam præteriti, agunt adversus heredes in testamento institutos, ut testamentum rescindatur, & ipsi ab intestato ad hereditatem admittantur. Quæritur autem quinam possit hanc querelam instituere? Et veteri quidem jure tam late patebat hoc remedium, ut et amici amicorum testamenta rescinderent, ceu docent exempla apud Val. M. *L.* 7. *c.* 7. Sed jam multo aliter se res habet, & pulchre monet Ulpianus *L.* 1. *ff. h. t.*

co-

cognatos, qui sunt ultra fratrem, melius facturos si se sumptibus inanibus non vexent, quum obtinendi spem nullam habeant. Itaque hodie regula valet: Quibuscunque debetur portio legitima, ii etiam possunt inofficiosi agere. Jam quum supra docuerimus §. 527. portionem legitimam deberi liberis, parentibus, fratribus & sororibus germanis & consanguineis; si ipsis turpis persona præferatur, consequens est, ut & hi soli possint querelam inofficiosi instituere.

## §. DLXXXII.

Cum tamen non semper opus sit hac querela, sed aliquando & alia remedia supersint, quæstio est quibus casibus hæc querela sit necessaria. Hic vero observamus, 1) non opus esse hoc remedio liberis præteritis, vel ex injusta caussa exheredatis. Supra enim vidimus hujusmodi testamentum esse ipso jure ***nullum:*** quod autem nullum est, non est rescindendum. Hinc potius hoc casu liberi instituent querelam nullitatis, qua totum testamentum corruit. 2) Nec illos indigere hac querela, qui vel in minima parte heredes instituti sunt. Nam (a) hi nec exheredati, nec præteriti dici possunt. (b) Uti supra §. 543. 2. vidimus, qui in re minima instituti sunt, habent actionem expletoriam ad supplendum id, quod legitimæ deest. *L.* 30. *C. b. t.* 3) Ergo hodie tres supersunt casus, quibus querela hæc instituenda est. (a) Si exheredatio quidem ex justa caussa facta sit, sed exheredatus tamen neget eam veram esse; ubi probatio instituenda est ab herede instituto. E. g. pater exheredavit filium, quia se verberavit; filius autem negat id umquam factum esse: sane si tunc heres institutus id factum probare nequeat, testamentum tamquam inofficiosum rescindetur. (b) Si parentes a liberis, liberi vel nepotes a matre vel avo materno fuerint præteriti, vel etiam fratribus & sororibus prælata sit turpis persona. Hi enim omnes, cum nullo alio remedio possint uti, hac

querela testamentum rescindunt (c). Si caussa exheredationis justa quidem fortassis sit, sed testamento tamen non expressa, e. g. si pater scripserit: filius ob certam caussam exheres esto: tunc recte filius ejusmodi testamentum hac querela rescindit.

## §. DLXXXIII. DLXXXIV.

Supersunt duæ quæstiones: *prima*, quando hæc querela cesset: *altera*, quem effectum habeat. Quod ad priorem quæstionem attinet, sciendum hanc actionem esse admodum odiosam, quia plerumque pietatem lædere videbantur liberi, dum parentes sanæ mentis fuisse negarent. Hinc cessabat, 1) quoties aliud remedium in promptu esset. 2) Cessabat si exheredatus ante institutam actionem diem supremum obisset. Heredibus enim ejus non competebat, nisi jam esset præparata, i. e. in forum deducta. 3) Cessabat elapso quinquennio; neque diutius durabat actio hæc tam odiosa. 4) Cessabat, si exheredatus quocumque modo, sive expresse sive tacite, sive suo sive alieno nomine, testamentum defuncti adprobaverit, dummodo id non fuerit ex officio necessitatis. Sic e. g. si filius exheredatus tamquam procurator legatarii in judicium venerit, & legatum clienti suo relictum agnoverit, ipse postea non potest inofficiosi agere. Si autem id fecerit tamquam tutor pupilli sui nomine, merito ad querelam hanc admittitur, quia ex officio id facere tenebatur. Denique quod ad effectum hujus querelæ attinet, olim totum testamentum, omniaque ejus capita corruebant, si illud rescindebatur: sed mutavit id Justinianus *Nov. CXV. c. 5.*, statuitque ut rescisso testamento heredis dumtaxat institutio evanida fieret; cetera autem capita testamenti omnia, veluti legata, fideicommissa, tutorum dationes salva manerent. Exceptio una notanda est, si frater vel soror, quibus turpis persona prælata est, testamentum inofficiosum dicant. Tunc enim, si victoriam reportant, totum testamentum corruit,

ruit, propter *Nov. XXII. c.* 47, ubi circa fratrum & sororum querelam nihil ex veteri jure mutatum animadvertimus.

## TIT. XIX.

## DE HEREDUM QUALITATE, ET DIFFERENTIA.

### §. DLXXXV. DLXXXVI.

Supra vidimus, testatori amplissimam esse facultatem heredes quoscumque velit, sibi instituendi. Neque tamen heredes omnes sunt unius ejusdemque generis: & hinc hoc titulo quæritur; 1) quotuplices sint heredes? 2) quomodo hereditatem vel adquirant, vel repudient? Quod ad priorem quæstionem attinet, heredes distinguuntur in NECESSARIOS, SUOS & NECESSARIOS, ac VOLUNTARIOS vel EXTRANEOS. *Necessarii* dicuntur, qui sive velint, sive nolint, heredes esse coguntur: *sui & necessarii*, quos testator tenetur instituere vel exheredare, quippe instituti quoque heredes esse tenentur: *voluntarii* sic. *extranei*, quorum in arbitrio positum est velintne an nolint hereditatem adire. Ratio hujus descriminis paullo altius repetenda est. Diximus supra, testatorem esse instar legislatoris, & testamentum instar legis. Jam vero legislator lege sua subditos quidem obligare potest, non autem extraneos. Hinc & testator testamento suo servos quidem & liberos in potestate sua constitutos obligare potest ut heredes sint, non autem extraneos. Et hinc est, quod illi sunt heredes necessarii, vel sui & necessarii: hi autem voluntarii.

### §. DLXXXVII.

*Necessarii* heredes sunt servi proprii, sive cum libertate, sive sine ea instituti. Quamvis enim &

sine libertate heres scriptus sit, illa tamen data præsumitur ex ipsa institutione, quia qui vult effectum, etiam caussam velle videtur, §. 536. Quod si quis itaque servum proprium heredem scripserat, non erat in ejus arbitrio positum, utrum adire an repudiare hereditatem mallet, sed necessario eam adire tenebatur, vel potius ipse jure heres erat sine aditione. Ratio hujus juris hæc erat, quia plerumque domini, ære alieno oppressi, servum heredem instituerent, ut bona sub ejus potius quam suo nomine venirent, & sic ignominia in servum devolveretur. Vid. §. 1. *Inst. qui & ex quibus causs. manum. non poss.*

## §. DLXXXVIII.

*Sui & necessarii* heredes sunt liberi tempore mortis in testatoris potestate constituti, & in alterius potestatem non recasuri. Vocantur hi SUI, partim quia vivo adhuc parente quodammodo rerum omnium domini sunt, adeoque sibi ipsis succedunt, unde Græcis eleganter vocantur *αὐτοκληρονόμοι*; partim quia in potestate & dominio Quiritario parentum sunt constituti, ceu recte observavit v. c. ANTON. SCHULTING. *ad Caj. Inst. L.* 2. *T.* 3. §. 6. *p.* 106. Iidem dicuntur *necessarii* quia, æque ac servi, etiam inviti heredes esse tenebantur, §. 7. *Inst. h. t.* Enimvero cum durum hoc esset, liberos cogi heredes esse, cum sæpe plus æris alieni pater relinqueret, quam facultatem: prætor liberis concessit beneficium abstinendi ut possent, si vellent, hereditatem paternam omittere. Ast distinguebat autem prætor inter liberos puberes & impuberes. His beneficium hoc salvum erat, sive se immiscuissent hereditati, sive non: illis autem hoc beneficium indulgebatur, quamdiu se nondum immiscuissent. §. 2. *Inst. h. t.*

## §. DLXXXIX. DXC.

Quamvis ergo liberi hodie vere sint heredes vo-

Digitized by Google

voluntarii, adhuc tamen aliquid singulare circa hos occurrit. Nam 1) liberi hereditatem *non adeunt*, ut extranei, sed *ipso jure heredes sunt*. 2) Extranei dicuntur *pro herede gerere*: liberi *se immiscere*. 3) Extranei hereditatem *repudiant*: liberi ab illa *abstinent*; quæ vocabula accurate discernunt JCti nostri. 4) Extranei hereditatem nondum aditam non transmittunt ad heredes suos: liberi autem, quia ipso jure heredes sunt, eam statim transmittunt.

## §. DXCI. DXCII.

Diximus de duabus prioribus heredum speciebus; sequuntur ergo *voluntarii*, quales sunt omnes, qui nec in dominio, nec in patria potestate testatoris sunt constituti. Quum ergo hi optionem habeant, heredes esse velint, nec ne: quæstio nascitur, 1) quomodo hereditatem adquirant? 2) quomodo repudient? Ad priorem quæstionem respondemus, hæreditatem ab extraneo adquiri vel *verbis*, vel *factis*. Si verbis declaret se heredem futurum, dicitur *aditio hereditati* sin ipso facto res hereditarias administret, agros colat, pecunias fœnori locet &c. dicitur *pro herede gestio*. Hic tamen cautos nos esse oportet. Si enim heres institutus hæc omnia agat, quæ heres agere consuevit, sed protestationem tamen addat, se id non facere animo pro herede gerendi, potius pro negotiorum gestore habendus erit, *L.* 20. *pr. ff. de adqu. l. omitt. hered.* Hi sunt duo modi adquirendi hereditatem; jam de singulis ex instituto agemus.

## §. DXCIII.-DXCVI.

Aditio est actus legitimus, quo heres institutus voluntatem suscipiendi hereditatem declarat, eoque ipso hereditatem adquirit. Ex qua definitione tria fluunt axiomata. 1) Aditio est declaratio voluntatis. 2) Eadem est actus legitimus. 3) Per

5) Per aditionem hereditas adquiritur. Ex *primo* axiomate sequentes fluunt conclusiones. (1) Furiosi, mente capti & infantes hereditatem adire nequeunt. Quomodo enim vc ıntatem declarent, qui quid agunt nesciunt? Ne tamen relicta sibi heredirate ideo priventur, pro iis adire possunt parentes, tutores & curatores. (2) Pupilli infantia majores ipsi adire possunt, modo tutor auctoritatem interponat. Rationem, cur auctoritate tutoris opus sit, quum ramen conditionem suam meliorem reddant, jam supra dedimus §. 252.; quia sic aditio hereditaris erat actus sollemnis, qui sine auctoritate tutoris explicari numquam potesr. *L.* 19. *ff. de auct. tut.* (3) Filiifamilias hereditatem adire nequeunt sine jussu parentum. Quum enim liberi, jure vetere, parenribus adquirerent hereditatem, nihil æquius erar quam ut patres quoque consentirent. Sed id novo jure earenus mutatum, ut si pater sine ratione dissentiat, filius etiam eo invito adire possit, & tunc hereditatem illam habeat tamquam peculium extraordinarium, (§. 481. 1.) *L. ult.* §. 1. *C. de bon. quæ lib.* (4) Aditio debet sine vi, & coactione fieri. Est enim declaratio voluntatis, quæ merito spontanea est, nec vi & metu extorqueri debet. Nihil enim consensui tam contrarium est, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est. *L.* 116. *pr. ff. de R. J.* (5) Hereditas tota adeunda est, non pars. Alias enim fieret, ut testator pro parte testatus, pro parte intestatus decederet, quod fieri non posse sæpe monuimus. (6) Hereditatem aditam quidem adquirimus ratione dominii, non autem ratione possessionis. Hujus enim ea natura est, ut non solum animo, sed animo & corpore simul adquiratur. Ergo etiam non sufficit heredem declarasse, se velle heredem esse, sed debet etiam possessionem rerum hereditariarum actu aliquo corporali adprehendere. *L.* 23. *pr. ff. de adqu. vel omitt. hered.* Hæ conclusiones ex primo axiomate fluunt. Sequitur *alterum*, hereditatis aditio est actus legi-

gitimus, *L. 77. ff. de Reg. Jur.* Ex eo jam sequitur 7) hereditatis aditionem neque per procuratorem fieri posse, neque sub conditione, neque ex die vel in diem. Hæc enim omnia non admittere actus legitimos, supra ostendimus §. 70. Sequitur *tertium* axioma: per aditionem hereditas adquiritur. Ex eo vero patet, 8) hereditatem non aditam non transmitti ad heredes. Nihil enim ad heredes transire potest, nisi quod defunctus habuit: ante aditionem vero heres nondum habuit hereditatem, sed tantum ejus spem; spes autem in contractibus quidem, non autem in ultimis voluntatibus ad heredes transmittitur. §. 549. Una tamen observanda exceptio in liberis suis qui, quia sine aditione ipso jure heredes sunt, hereditatem etiam statim ad heredes transmittunt, §. 590. 4. 9) Hereditate adita heredem in omne jus & omnem obligationem defuncti succedere, adeoque & omne æs hereditarium, quamvis vires hereditaris excedat, exsolvere teneri. Hinc si plures sint coheredes, singuli æs alienum solvunt pro rata; quamvis id forte cum summo detrimento fiat. Quod cum durius esset, paullo post inventa sunt quædam beneficia, de quibus sequentibus §§. agemus. 10) Aditionem hereditatis simul esse quasi contractum. §. 5. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc.* Dum enim heres adit, obligare se præsumitur legatariis & fideicommissariis, quod omnia ex testamento præstare velit. Unde etiam hi adversus heredem habent actionem ex testamento ad legata, & fideicommissa solvenda, §. 986.

## §. DXCVII. DXCVIII.

Cum tam dura esset heredis conditio, ut omne æs alienum defuncti solvere teneretur: inventa quædam esse beneficia diximus, quibus uti posset, nempe Jus Deliberandi & Beneficium Inventarii. *Jus deliberandi* est spatium a lege heredi concessum, intra quod in vires hereditatis & æs alienum inquirere, simulque decernere possit,

sit, utrum adire an repudiare hereditatem velit. Hoc spatium non semper unius ejusdemque quantitatis est. Aut enim creditores urgent solutionem, aut nemo est qui urgeat. Posteriore casu heres habet 30. annos, intra quos deliberare possit, tamdiu enim durat hereditatis petitio. Priore autem casu aut a principe spatium deliberandi conceditur, aut a magistratu. Si princeps illud indulget, spatium erit annuum: sin magistratus, novem mensium, *L. ult.* §. 13. *C. de jur. delib.* Sed hujus beneficii hodie vel ideo non frequens usus est, quia multo pinguius est alterum beneficium, quippe quo effectum est, ut unusquisque sine omni periculo statim hereditatem adire possit.

## §. DXCIX.

Est hoc alterum beneficium INVENTARII a Justiniano nostro repertum *L. ult. C. de jur. del.* Hic autem dispiciendum, partim quomodo inventarium fieri debeat, partim quis ejus effectus sit. *Modus* conficiendi inventarium, (vel ut alias in jure vocatur, *repertorium*,) hic a Justiniano praescriptus est: 1) Ut inchoetur intra 30. dies a die notitiae; ubi simul ubique receptum, ut moriente testatore statim fiat obsignatio auctoritate publica, ne quicquam interea possit subtrahi, dum inventarium inchoetur. 2) Ut perficiatur intra 60. dies, vel si ampla vel dissita sit hereditas, intra annum, ne sic creditores nimis diu frustrari possint. 3) Ut adhibeantur tabelliones, s. notarii, qui omnes res hereditarias in indicem referant. 4) Ut citentur omnes, quorum interest, veluti legatarii coheredes, absentes. 5) Ut si adesse non possint, tres saltim testes fide digni adhibeantur. 6) Ut perfecto inventario heres summam exprimat, simulque nomen subscribat, aut si scribendi imperitus sit, tabellionem subscribere jubeat. His observatis requisitis, *effectus* inventarii sunt varii, velnti 1) quod heres non tenetur ad aes alienum ultra vires hereditatis solvendum;

2) quod

2) quod impeditur confusio bonorum; adeoque 3) heres etiam sibi ipsi solvere possit, si quid a defuncto debetur; 4) quod si pecunia non sit in hereditate, ipse possit agros, domos aliasque res, etiam invitis creditoribus, in solutum dare: quæ omnia fieri non possent, nisi ab eo confectum fuisset inventarium.

## §. DC.

Hactenus de aditione hereditatis. Cum autem hactenus eamdem etiam pro lubitu possit repudiare, de hac etiam repudiatione quædam dicenda sunt. Fit illa itidem vel *verbis*, vel *factis*: verbis, si declaraverit institutus se heredem esse nolle; factis, si spatium deliberandi elabi passus sit, & interea nec adierit, nec pro herede gesserit. Id autem observandum, locum hic non esse penitentiæ. Unde qui semel adiit, deinde repudiare non potest, nisi sit minor, cui læso prætor dat restitutionem in integrum, *L.* 7. §. *de minoribus*. Nec qui semel repudiavit, deinde adire potest, quia facta repudiatione heredes ab intestato statim jus adquirunt, quod ipsis invitis auferri nequit.

# *TIT. XX.*

# DE LEGATIS.

## §. DCI. DCII.

Justinianus hic paullisper ab ordine, quem semel elegerat, deflectit. Nimirum quum modi adquirendi, de quibus hic agitur, sint vel *universales*, vel *singulares*: hactenus de universalibus agere cœpit, nempe de *hereditate*. Jam ordo postularet, ut & reliqui modi adquirendi universales exponerentur. Sed iis in initium Lib. III. rejectis, hic intermiscet doctrinam *de legatis*, quum tamen legatum sit modus adquirendi singularis. Enim

Enimvero sequendus nobis ordo est imperatoris. Primo omnium quæritur *quid sit* LEGATUM? Modestinus in *L.* 56. *ff. de legat.* 2. illud definit quod sit donatio testamento relicta: Justinianus autem *pr. Inst. h. t.* quod sit donatio quædam a defuncto relicta ab herede præstanda. Sed neutra definitio ferenda est. Nam 1) donatio est pactum, quod non potest consistere sine utriusque consensu: legatum autem est liberalitas unilateralis, quæ etiam ignoranti legatario relinquitur. 2) Falsum quoque est, legatum semper ab herede præstandum esse. Potest enim & legatario injungi, ut legatum præstet. Quum ergo utraque definitio falsa sit, rectius describi poterit LEGATUM, *L.* 116. *ff. de legat.* 1., quod sit delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum foret heredis, alicui aliquid collatum vult verbis directis. Si quis quærat, quomodo differunt legata & fideicommissa, ex hac definitione non difficilis erit responsio. Nam 1) fideicommissa reliquebantur verbis precativis: legata verbis directis, i. e. imperativis. Et inde etiam legatum nomen habet; siquidem LEGARE est legis modo præcipere, jubere, mandare, ceu recte observavit Ulpianus *Fragm. Tit.* 24. §. 1. Exemplum extat apud Plautum in *Casin. Act. I. Sc. I. v.* 12.

*Quin potius id, quod tibi legatum est, negotium,*
*Id curas.*

Inde etiam *legati* dicuntur, qui cum mandatis ad exteros mittuntur, & *relegati*, qui lege civitatis ex urbe vel provincia adesse jubentur. Quare ex ipso vocabulo fluit, quod legata verbis imperativis relinquenda sint. 2) Olim etiam ita differebant legata & fideicommissa, quod hæc relinqui etiam possent codicillis testamento non confirmatis: illa autem nonnisi confirmatis testamento. Apparret non modo ex Ulp. *Fragm. Tit.* 25. §. 5. 8, verum & ex loco memorabili Plinii *Lib. I. ep.* 16., ubi eleganter Plinius: non codicillos confirmatos testamento pro non scriptis haberi, etiam iis notum esse, qui nihil aliud sciunt. 3) Fidei-

com-

commissa etiam græce relinqui poterant: legata nonnisi latine, quæ vera erat lingua legislatoria Ulp. *Tit.* 25. §. 8. 9. 4) Legata strictius, fideicommissa benignius erant interpretanda. Tantum erat olim inter legata & fideicommissa discrimen. Sed illud plane sustulisse Justinianum, & legata fideicommissis, hæc autem illis per omnia æquiparasse, paullo post monebimus.

## §. DCIII. DCIV.

Vidimus quid sint legata: jam quæritur *quotuplicia* sint? Olim erant legata quatuor generum, quam divisionem nobis servarunt Theophilus in *paraphr. b. t. Inst.*, Ulpianus in *Fragm. Tit.* 25. & Cajus *Inst. Lib. II. Tit.* 5. Alia nimirum legata relinquebantur *per vindicationem*, verbis: *do, lego, sumito, capito, habeto.* His formulis tantum legari poterant res, quæ in dominio testatoris erant, ejusque legati is erat effectus, ut legatarius mortuo testatore fieret dominus, remque tamquam suam vindicare posset. Alia legabantur *per damnationem*, verbis: heres meus damnas esto dare, dato, facito, eum dare jubeo. His formulis legari poterant res tam propriæ, quam alienæ. Unde legatarius non statim fiebat dominus, sed legatum petebat actione personali ex testamento. Alia legabantur *sinendi modo*, verbis: heres meus sinito legatarium sumere. Ea formula relinqui poterant res testatoris vel heredis propriæ, & effectus is erat, ut legatarius actione personali cogere posset heredem, ut sineret rem sumere. Denique quædam relinquebantur legata *præcipiendi modo*, verbis: heres meus præcipito, præcipuam hanc rem habeto. Vocari hoc solet prælegatum, & non alii relinqui potest, quam uni ex heredibus. Unde ejus effectus est, ut antequam heredes hereditatem dividant, coheres hoc prælegatum ex communi massa præsumat. Unusquisque videt hujus quadruplicis differentiæ magnum olim fuisse momentum. Et tamen ejus in ff. numquam fit mentio,

tio, quia Tribonianus, ceu jam Salmasius observavit, hæc vocabula ubique expunxit. Rationem videbimus §. sequente.

## §. DCV.

Nimirum cum Justinianus animadverteret tot differentias jus nostrum paullo difficilius reddere: consilio satis prudente duo ex vetere jure immutavit. 1) Dum statuit, ut in posterum inter fideicommissa & legata præter verborum formulas nihil differentiæ esset, sed ea per omnia ejusdem naturæ & indolis haberentur. 2) Dum sanxit, ut nec illa legatorum differentia esset, sed quacumque formula illa essent relicta, omnia ejusdem effectus essent. Cessant ergo hodie discrimina legatorum & fideicommissorum, quæ §. 602. tradidimus: cessat legatorum differentia §. 603. explicata, adeoque nonnisi unum genus legatorum usu fori hodierni receptum est.

## §. DCVI.

Progredimur more nostro ad axiomata, quæ ex hactenus dictis fluunt. Quorum 1) hoc est, omnia legata & fideicommissa quibuscumque formulis relicta ejusdem effectus sunt, §. 2. *Inst. h. t.* Hoc axioma ex eo fluit, quod superiore §. omne legatorum & fideicommissorum discrimen a Justiniano sublatum esse diximus. 2) Legata omnia & fideicommissa ita exæquata sunt, ut quod fideicommissis deest, ex natura legatorum, & quod legatis deest, ex natura fideicommissorum suppleri possit. Sic e. g. supra diximus, legata olim tantum latine potuisse relinqui, fideicommissa etiam græce. Sed quia hodie legata & fideicommissa per omnia exæquata sunt, etiam legata græce & qualibet lingua recte relinquuntur. 3) Legatæ speciei dominium sine omni traditione statim ad legatarium transit a momento mortis testatoris. In hereditate rem se aliter habere supra vidimus.

Il-

Illius enim dominium non transit ad heredem, nisi post aditionem. Sed ratio differentiæ non obscura est. Hereditas enim quodammodo periculosa est ob latitans æs alienum; & hinc male consuleretur heredi, si statim hereditatem adquireret. Legatarius enim nihil æris alieni solvit, adeoque etiam utile ipsi est, quod statim legati fiat dominus. 4) Legata sine sollemnitate etiam in codicillis relinquuntur; quo ipso differunt ab hereditate, quæ non potest nisi sollemniter relinqui. Objicere quis posset non valere tamen legata nisi adhibiti fuerint 5. testes *L. ult. C. de jur. codic.* Sed respondetur, testes illos non sollemnitatis caussa adhiberi, sed probationis gratia, & ad evitandum falsum. Hinc etiam non rogati testes sufficiunt, immo & mulieres recte adhibentur, quæ alias in testamentis testes esse nequeunt; quamvis rationibus satis levibus contrariam sententiam defendat BERNH. HENR. REINOLDUS in *Variis*, *C.* 5. *p.* 53.

## §. DCVII.

Quæstio jam porro est, quis legare possit? Id patet ex ipsa definitione. Dicimus enim legatum esse delibationem hereditatis, §. 602. Quicumque ergo potest heredem instituere vel testamentum condere, idem potest legata relinquere. Unde repetendus hic est totus titulus *Lib. II. XII. de his, quibus non est perm. test. fac.* Sic e. g. in illo titulo vidimus impuberem, vel filium familias non posse condere testamentum. Ergo per se patet eosdem nec legata relinquete posse. Contra, quia didicimus filiumfamilias testati posse de peculio castrensi & quasi castrensi, nemo dubitat quin etiam legata ex isto pro lubitu dare possit.

## §. DCVIII.

Nec difficilior est quæstio, quibusnam fideicommissa & legata relinqui possint? Resp. 1) Omni-

Omnibus, qui possunt heredes institui, de quibus egimus supra *L. II. T. XIV. §. 535. & seq.* Hinc quia vidimus collegia illicita non posse heredes institui, consequens est ut nec legata accipere possint. Exceptum est solum legatum alimentorum, quod tam favorabile habetur, ut etiam incapacibus relinqui possit. *L. XI. ff. de alim. & cibar. leg.* Quemadmodum 2) supra vidimus heredes institui posse personas incertas, pauperes, civitates, collegia licita, posthumum alienum: ita iisdem legata relinqui possent. Inutiliter contra legatur servo heredis, quum enim servus quidquid adquirit domino adquirat: sane si servo heres juberetur legatum solvere, perinde esset ac si sibi ipsi solveret legatum; id quod sane esset absurdissimum. Vid. *L. 116. de legat. 1.*

§. DCIX.

Porro quæritur, *a quo legari possit?* Sed ante omnia recte intelligenda est phrasis. ***Ab aliquo enim legare*** significat injungere alicui, ut legatum solvat. Quemadmodum igitur hæc significatio vere est juridica, ita sensus quæstionis est, cuinam testator injungere possit, ut legatum præstet? Resp. Olim legari tantum potuisse ab heredibus, fideicommitti autem ab omnibus, qui aliquid ex testamento acciperent. Sed postquam legata & fideicommissa per omnia æquiparata sunt, regula observanda: omnibus, qui aliquid ex testamento accipiunt, injungi posse, ut legata & fideicommissa solvant, modo non magis onerentur quam honorati sunt. Hinc nullum est dubium, quia hodie legata relinqui possint ab herede, legatario, fideicommissario, donatario mortis caussa. Sic e. g. testator dicere potest: Sejo lego fundum Cornelianum, Sempronio 3000, a Sejo solvenda. Ast si Sejo relicta essent 3000, & ipsi injunctum ut legatum solveret Sempronio 4000, absurdum hoc esset legatum, quia Sejus magis oneraretur quam honoratus erat. Ex eodem patet, nemini legari

pos-

posse rem propriam, vel, quod idem est, nemini legari posse a se ipso. Quæ enim liberalitas esset legantis mihi id, quod meum est? Si tamen testator mihi domum meam legaverit sub conditione, si mea esse desierit: validum est hoc legatum, quia tunc heres eo casu, quo domus mea esse desiit, illam aut redimere mihi, aut æstimationem præstare tenetur. *L. 1. ult. ff. de reg. Catonian.*

## §. DCX. DCXI.

Præcipua quæstio est, quænam res legari possint? Resp. 1) Legari posse omnia, quæ sunt in rerum natura, vel saltem existere possunt. Sic e. g. si quis Sempronio leget vindemiam futuri anni, ista vindemia quidem nondum est in rerum natura; quia tamen existere potest, & spes superest illam exstituram, legatum hoc omnino validum habetur. Cum quoque 2) res sint vel corporales vel incorporales, utrarumque legatum utiliter relinquitur. Sic nemo dubitat, quin legari possit ususfructus, servitus, jus venandi, nomen, quum tamen hæc omnia sint incorporalia. 3) Istud tamen unum requiritur, ut res legata sit in commercio: alias enim nec dari, nec accipi posset. Hinc absonum esset legatum templi, maris, portus, & similium, quia hæ res omnes commercio privatorum exemptæ sunt, *L. 49. §. 2. 3. ff. de legat. 2.* Elegans hic nascitur quæstio: Si fructus futuri ex certo fundo legati sint, an, si nihil in isto fundo nascatur, legatum nihilominus aliunde præstandum sit? Resp. Distinguendum esse utrum fructus adjectus sit demonstrationis caussa, an taxationis caussa. Prius, factum intelligitur si fundi mentio fit non in eadem, sed separata propositione. E. g. Titio lego centum amphoras vini, quas ex vinea Corneliana petere potest. Posterius autem, si fundi mentio fit in eadem propositione, e. g. Titio centum amphoras vini ex vinea Corneliana do, lego. Jam priore

ca-

casu, etiamsi nihil in vinea nascatur, tamen præstandæ sunt 100. amphoræ vini. *L.* 13. *ff. de tritico, vino, oleo legato.* Posteriore, si nihil natum, nihil quoque præstandum est., *L.* 5. *ff. eod.*

## §. DCXII. DCXIII.

Deinde res quum sint vel propriæ vel alienæ, quæritur, an & hæ per modum legati relinqui possint? Pontifex in *cap. ult. X. de testamentis* iniquum & impium hujusmodi legatum existimat, quippe quod repugnet præceptis postremis decalogi. Sed eo ipso satis ostendit, se non intellexisse, quid legatum rei alienæ sit jure Romano. Dum enim hoc legata rerum alienarum adprobat, non vult ut alii res invito auferatur: sed tantum heredi imponit necessitatem, ut aut rem legatam a domino redimat, & illam legatario tradat, aut si dominus vendere nolit, ejus æstimationem præstet. §. 4. *Inst. h. t.* Valet ergo rei alienæ legatum, e. g. Titio vicini mei ædes do, lego. Legatarius enim aut ædes illas accipit, aut earum æstimationem. Unus tamen exceptus est casus; si testator rem alienam esse ignoraverit. Tunc enim præsumptio est illum legaturum non fuisse, si rem alienam esse scivisset, §. 4. *eod.* Quid vero si legatarius rem istam alienam jam adquisiverit, quæ sibi testamento legata est? Resp. Tunc distinguendum esse utrum adquisiverit illam titulo oneroso, an lucrativo. Priore enim casu heres ei nihilominus æstimationem præstat: posteriore legatum erit inutile, quia *duæ caussæ lucrativæ in eamdem rem, eandemque personam cadere non possunt*, §. 6. *eod.* Probe observanda est hæc regula, ex qua quatuor elegantes fluunt conclusiones. Nam 1) inde sequitur, ut si ante mortem testatoris emerim ædes vicini, quas mihi testator rei ignarus legaverat, earum mihi præstandam esse æstimationem, quia emptio est titulus onerosus, §. 6. *Inst. h. t.* 2) Ut, si ædes vicini duorum testamentis mihi legatæ sint, & ex uno

jam

jam illas acceperim, ex altero æstimationem petere non possim, quia illas titulo lucrativo accepi: contra si ex priore testamento tanto æstimationem acceperim, ex posteriore adhuc petere possim, quia illam plane nondum habeo, adeoque nec titulus lucrativus, nec onerosus adest. 3) Ut si vicini ædes mihi legatæ sint, & ego tantum earum partem adquisiverim titulo lucrativo, tunc adhuc alterius partis æstimatio debeatur. *L.* 28. *pr. ff. de legat.* 4) Ut si rei alienæ mihi legatæ proprietatem sine usufructu adquisiverim titulo oneroso, tunc solius proprietatis æstimationem recipiam. Res enim ita legata videtur, ut se jam habet *L.* 10. *C. h. t.*

## §. DCXIV.

Quæritur jam porro, an & res oppignoratæ legari possint? E. g. si testator poculum argenteum oppignoravit 20. imperialibus, idque postea leget Mævio, an inutile legatum erit? Affirmatur. Si enim legare licet res alienas, quidni etiam oppignoratas, quum in istis adhuc proprietatem habeat testator? Eadem tamen exceptione, quæ superius fuit addita. Nempe si probati potest ab herede testatorem ignorasse oppignorationem, illud legatum nullius momenti erit, quia præsumptio est testatorem non fuisse legaturum, si rem perspectam habuisset, §. 5. *Inst. h. t.* Sed quæritur, quem effectum habeat ejusmodi legatum rei oppignoratæ? Resp. Ut heres istud pignus luere & legatario deinde tradere teneatur, nisi expresse adjecerit testator ipsum legatarium luere teneri, *L.* 57. *ff. de legat.* 1.

## §. DCXV.

Curiosa in primis quæstio est, si testator e. g. mihi fundum suum legaverit, eumque deinde vivus alienaverit, an nihilominus utile sit hoc legatum? Denuo hic jura nostra distinguunt, utrum necessaria sit illa alienatio, an mere voluntarias

*Necessaria* dicitur, quæ urgente aliqua necessitate fit, e. g. ad dissolvendum æs alienum: *voluntaria* autem, quæ nulla cogente necessitate fit. Jam priore casu legatum adhuc utile manet, ejusdemque effectus est ac legatum rei alienæ, §. 602. seq.: posteriore autem evanescit legatum, quia dum testator sine necessitate rem alienat, id eo consilio fecisse intelligitur, ut adimat legatario legatum. Ut paucis dicam, præsumptio est illum benevolentiam erga legatarium, adeoque voluntatem legandi mutasse, §. 12. *Inst. h. t.*

§. DCXVI. DCXVII.

Sæpe etiam relinquitur legatum *nominis*, *liberationis*, *&* *debiti*, quæ species accurate sunt distinguendæ. *Legatum nominis* est, quando testator Titio legat quod debet sibi Sempronius: *legatum liberationis*, quando legatario relinquitur quod ipse debet: denique *legatum debiti*, quando testator legat legatario quod ipse illi debet. Quod ad legatum *nominis* adtinet, istius effectus est, quod heres teneatur legatario actiones cedere, §. 21. *Inst. h. t.* Quid vero si nomen istud non sit bonum, adeoque legatarius nihil accipiat a debitore? Resp. Heredem ad nihil ulterius teneri, sufficit enim illum legatario præstitisse jus, quod ipse habebat; casum enim nemo præstat. Legatum *liberationis* in eo consistit, quod heres legatario teneatur reddere chirographum pignora aliasque cautiones, & sic illum penitus liberare. *L.* 3. §. 2. *ff.* 2. *de liberat. leg.* Elegans hic quæstio est, si testator vivus debitum exegerit, an nihilominus legatum adhuc utile maneat? Sed hic eadem valet distinctio, quæ ad §. proxime antecedentem explicata est. Si enim testator ex necessitate debitum exegerit, adhuc valet legatum tum nominis, tum liberationis: sin nulla urgente necessitate id fecerit, legatum videtur ademisse & mutasse voluntatem. *L.* 11. §. 12. *&* 13. *ff. de leg.* 3. Præcipua autem hic inspectio est, an & le-

*legatum debiti* sit utile? Quæ enim liberalitas est, si debitor legat creditori quod ipsi debet? Sane heres & sine legato obstrictus est ad æs alienum defuncti dissolvendum. Sed nihilominus plerumque contingit, ut hujusmodi legatum sit utile, & quidem 1) si testator *sub conditione* debet, vel *in diem*. Tunc enim utilitas legati summa est ob repræsentationem, i. e. quia statim heres ad solutionem obligatus est. 2) Si debitum tantum sit chirographarium. Nam per legatum legatarius accipit jus hypothecæ in omnibus bonis hereditariis. 3) Si debitum non sit satis liquidum; tunc enim legatario istud commodum accedit, ut veritatem debiti probare possit ex testamento. Et ita intelligendus est §. 14. *Inst. h. t.*

## §. DCXVIII.

Sequitur *prælegatum dotis*, quod non est confundendum cum *legato dotis*. Differentia hæc est. Prælegatum dotis est, quando maritus uxori legat quod hæc dotis nomine intulit: legatum autem dotis est, quando quis virgini innuptæ aliquid legat quod futuro sponso in dotem det. Jam de prælegato dotis loquimur, & quæritur an istud sit utile? Nam soluto matrimonio dos uxori etiam sine ejusmodi prælegato restituenda est. Nihilominus hoc legatum utilissimum est 1) ob repræsentationem. Quum enim alias dos in pecunia numerata consistat, demum anno elapso restituenda est. Prælegatum statim peti potest; aut, nisi in continenti solvatur, usuræ exigi possunt a vidua. 2) Per ejusmodi prælegatum uxor liberari potest a probatione illationis. Adest enim confessio testatoris, quam heres in dubium vocare non potest. 3) Aliquando per ejusmodi prælegatum dotem recepit uxor, quam non intulit, modo testator certam summam expresserit. E. g. si maritus in testamento scripserit 3000, quæ uxor mihi in dotem dedit, illi relego: uxor accipit 3000, quamvis heres probare velit eam

ne obolum quidem intulisse. Aliud dicendum est, si testator summam non expresserit, tunc enim tantum recepit uxor, quantum se intulisse probare potest, *L.* 1. §. 7 *ff. de dot. præleg.*

## §. DCXIX. DCXX. DCXXI.

Magna quoque cura distinguenda sunt legata Generis, Speciei, & Quantitatis. *Genus* vocant JCti quod philosophis est species, e. g. equus, liber, vestis: *Species* contra JCtis est, quod philosophis individuum, e. g. equus in stabulo, Cujacii opera ex bibliotheca, pallium rubrum ex vestiario. Denique *quantitas* est genus numero definitum, e. g. quatuor equi, mille floreni. Quod ad *legatum speciei* adtinet, de eo observandæ sunt conclusiones sequentes. 1) Species legata non heredi perit, sed legatario. E. g. si equus in stabulo mihi legatus sit, & iste post mortem testatoris perierit, damnum non est heredis, qui nullum alium mihi reddit, sed legatarii. Ratio est duplex. (a) Quia speciei legatæ dominium statim a morte testatoris ad legatarium transit, & res perit suo domino. (b) Quia heres tantum est debitor speciei, iste autem liberatur si species pereat, *L.* 23. *L.* 49. *pr. ff. de V. obl.* Exceptio tamen hic addenda duplex. Prior, si heres in mora fuerit, siquidem tunc res heredi, non legatario perit: posterior, si res culpa heredis interierit; tunc enim tamquam debitor præstat culpam etiam levissimam. *L.* 47. §. *penult. ff. de legat.* 1. 2) Duabus speciebus legatis copulative, dispiciendum est, an utraque sit principalis, an altera principalis, altera accessoria. Priore casu, una pereunte altera adhuc debetur; posteriore, pereunte principali non debetur accessoria, §. 17. *Inst. h. t.* E. g. legavit mihi aliquis equum & bovem, tunc equo pereunte bos adhuc debetur. Contra, si quis mihi legaverit equum cum ephippio & ornamentis; mortuo equo nec ephippium nec ornamenta debentur, quia accessorium suum prin-

principale sequitur. 3) Legata universitate, e. g. grege, & incrementum & decrementum lucro vel damno legatarii cedit. Hinc si e. g. grex legatus tempore mortis testatoris fuerit 100. ovium, & postea per fœturam auctus sit ad capita 150, lucrum est hoc legatarii. Contra, si grex ille decreverit per mortalitatem usque ad 20. capita, damnum itidem erit legatarii; ob rationem supra allegatam, quia legatæ speciei dominium ad legatarium transit statim a morte testatoris, §. 18. *Inst. h. t.* Hæc de legato speciei. Quod ad *generis legatum* adtinet, de eo notandæ sunt duæ conclusiones. 1) Quod illud utile sit, si genus sit infimum, & quod certam a natura determinationem habeat: non autem si sit summum, & incertæ determinationis. E. g. equus est genus infimum, & unisquisque scit quid sit equus. Animal autem, vel res, sunt genera summa: & hinc absurdum & ridiculum foret legatum, si quis Titio relinqueret animal, vel rem. Sic enim heres liberaretur, si vel murem vel pediculum obtulisset legatario, *L.* 71 *ff. de leg.* 1. 2) Electio in legato generis est penes legatarium, sed ita ut non possit optimum eligere. E. g. si testator mihi legasset equum e stabulo suo, tunc non penes heredem est arbitrium, quem mihi dare velit: sed mihi competit electio, dummodo non optimum, eligam, §. 21. *Inst. h. t.* Quo ipso hoc legatum differt a legato optionis vel electionis, de quo §. seq. agitur.

## §. DCXXII.

***Legatum optionis vel electionis*** dicitur, quando testator disertis verbis id indulget legatario, ut ex pluribus ejusdem generis sibi aliquid eligat. E. g. Titius ex stabulo equum quemcumque elegerit, habeto. De hoc legato sequentia sunt notanda. 1) Quod hic legatarius etiam possit optimum eligere, quod non poterat in legato generis. 2) Quod si semel elegerit, pœnitentiæ non sit

locus, sed sibi ipsi imputare debeat legatarius quod prudentius non elegerit. 3) Quod olim jure vetere hoc legatum exspiraret, si legatarius vivus non elegisset, adeoque tunc ejus heres eligere non posset. Ut paucis dicam, legatum hoc ante optionem factam non transmittebatur ad heredes. Sed id mutavit Justinianus *L. ult. C. com. de legat. & fideicomm.* permisitque heredibus legatarii, ut hoc mortuo ipsi adhuc possint eligere; ut adeo hoc quoque legatum hodie statim ad heredes transeat.

## §. DCXXIII.

Superest adhuc una regula *legato generis & quantitatis* communis, quæ ita sese habet: *nec genus nec quantitas pereunt.* Ejus insignis est utilitas. Nam si e. g. mihi legatus sit equus, vel summa 100 florenorum, & heres equum, quem mihi daret, sibi comparavit, vel summam istam immensam numeraverit, fur autem & equum & summam surripiat: heres non poterit se excusare, aut ideo a præstatione legati liberari, quia genus & quantitas semper in mundo sunt, neque umquam intereunt.

## §. DCXXIV.

Denique quæstio est, an & FACTA *legari* possint? Affirmo, partim quia & facta nobis utilitatem præstant, partim quia testatori licet heredem damnare ad faciendum quodcumque ipsi placeat, modo factum illud nec turpe sit, nec ridiculum & illusorium. Hinc valet legatum ejusmodi: heres meus damnas esto, ut quotannis Titii agrum colat. Absurdum autem esset tale legatum: heres meus damnas esto, ut in Titii die natali nudus saltet in foro.

§. DCXXV.

## DCXXV.

Sequitur jus alioquin omnium difficillimum & longe subtilissimum, nempe Jus Adcrescendi, quod tamen in paucas, easque perspicuas regulas redigi potest. Est vero Jus Adcrescendi jus, quo portio collegatarii deficientis alteri adcrescit. Hoc jus non solum in legatis valet, verum etiam in hereditatibus, sed ex ratione diversissima. Nam in hereditate jus adcrescendi est necessarium, quia nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere, §. 542. Si autem testator hæredes instituisset Sempronium & Mævium, et hic portionem suam repudiaret, illa devolveretur ad heredem ab intestato, nisi coheredi adcresceret. In legatis autem jus adcrescendi tantum ex præsumpta testatoris voluntate oritur. Dum enim Titium & Mævium in uno legato conjunxit, procul dubio voluit, ut unius portio deficiens potius ad conjunctum deveniret, quam apud heredem maneret. Hinc etiam magna est differentia inter jus adcrescendi heredum & legatariorum. Nam 1) heredi adcrescit etiam invito: legatariis non semper, sed plerumque volentibus. 2) Heredibus semper adcrescit cum onere: legatariis aliquando sine onere. 3) In hereditate testator non potest prohibere jus adcrescendi: in legatis potest. *L.* 57. §. 1. *ff. de usufr. L.* 7. *de re jur.*

## §. DCXXVI. DCXXVII.

Quæritur autem, quænam sunt juris adcrescendi requisita? Resp. Duo. Unum, ut collegatarius deficiat, & quidem ante mortem testatoris. Nam si illum vel momento supervixit, legatum ad heredes devolvitur, adeoque legatario adcrescere non potest. *L. un.* §. 5. *de caduc. toll.* Alterum, ut sint conjuncti. Conjuncti autem adpellantur legatarii, qui ad eamdem rem vocati sunt; ut Titio & Mævio fundum meum do, lego. Contra,

si e. g. Titio legata sit domus, Mævio autem ager, alterutro deficiente alteri nihil adcrescit, sed legatum in hereditate manet.

## §. DCXXVIII.

Dispiciendum jam porro est, quotuplex sit conjunctio? A JCtis dividitur in eam, quæ fit RE TANTUM, VERBIS TANTUM, & MIXTIM, scil. re & verbis simul. RE autem dicuntur conjuncti, quando plures ad eamdem rem vocantur, sed diversis propositionibus. E. g. Titio fundum Cornelianum do, lego. Solent hi conjuncti in schemate proponi per articulos sine vinculo vel
Titius Mævius
nexu . ○ ○ . Vocantur hi etiam disjuncti, quia in diversis propositionibus eorum nomina occurrunt. VERBIS tantum dicuntur conjuncti, qui ad eamdem rem una propositione vocantur, sed adjectis partibus, non quidem physicis, ut res loco dividatur inter legatarios, (sic enim plane non essent conjuncti,) sed intellectualibus. E. g. si testator ita dixerit: Titio & Mævio fundum Cornelianum, illi cis flumen, huic trans flumen do, lego: nulla inter hos erit conjunctio, quia revera legatarii non sunt ad eamdem rem vocati, *L. 1. pr. ff. de usufr. adcresc.* Contra si ita scripserit testator: Titio & Mævio hunc fundum ex æquis partibus do, lego: conjuncti erunt verbis, & hi notantur circellis lineola intermedia jun-
Titius Mævis
ctis. ○ — ○. *Mixtim*, scil. rebus & verbis simul conjuncti dicuntur, quibus eadem res eadem propositione partibus non divisis legata est, e. g. Sejo & Cajo fundum Cornelianum do, lego. Hi exprimuntur per circellos cruce decussata intermedia junctas. Sejus, Cajus
○ × ○
*L. 89. ff. de leg. 3. & L. 142. ff. de V. S.*

§. DCXXIX.

## §. DCXXIX.

Præmissis hisce definitionibus jam facile intelligentur regulæ de jure adcrescendi observandæ. 1) Si legatarii verbis tantum, vel mixtim conjuncti sunt, portio deficientis adcrescit conjuncto. Hinc in secundo schemate deficiente Titio ejus portio soli Mævio adcrescit: & in tertio schemate deficiente Cajo, ejus portio adcrescit Sejo. 2) Si re tantum conjunctus deficit, ejus portio adcrescit omnibus, ita tamen ut verbis & mixtim conjuncti habeantur pro una persona. Id ex hoc exemplo intelligetur. Primo fundum hunc do, lego. Secundo eumdem do, lego. Tertio & quarto eumdem do, lego æquis partibus. Quinto & sexto eumdem do, lego.

1 2 3 4 5 6
○ ○ ○ — ○ ○ ✕ ○.

Jam fingamus, deficere secundum; tunc ejus portio adcrescet omnibus, sed ita ut primus accipiat unam tertiam, tertius & quartus alteram, & quintus & sextus reliquam. Posteriores enim tamquam collegæ pro una persona habentur. 3) Mixtim & verbis tantum conjunctis adcrescit volentibus, sed cum onere: re conjunctis etiam nolentibus, & sine onere. Hæc tota est doctrina de jure adcrescendi, quam vulgo tam obscure proponunt, quum tamen hisce tribus regulis, & totidem observatis definitionibus, res omnis clara & perspicua sit.

## §. DCXXX.

**Superest, ut etiam de modo legandi dicamus. Legari autem potest 1) *pure*, 2) *in diem*, *sic. ex die* quod fieri non poterat in hereditate, §. 544. 3) *sub conditione*, 4) *sub demonstratione*, 5) *sub caussa*, 6) *sub modo;* de quibus singulis seorsim erit agendum.**

§. DCXXXI.

Pure legatur, quando a nulla circumstantia, vel eventu res suspenditur: e. g. Titio lego 100. De puro ejusmodi legato observanda regula est: dies ejusmodi legati & cedit & venit statim a morte testatoris. *L. un. §. 1. C. de caducis toll.* Ceterum *cedere* dicitur dies, quando debetur quidem, sed res nondum exigi potest. Contra *venire* dicitur dies, ubi jam debitum potest exigi. Unde sensus hujus regulæ est, legatum pure relictum & deberi & exigi posse statim a morte testatoris. Unde etiam, si heres in mora fuerit solvendi, statim ab eo exigi possunt usuræ. Exceptio tamen addenda est, quod omnia legata, quæ ad heredes non transeunt, non cedant a morte defuncti, sed ab adita hereditate. Talia legata sunt ususfructus, usus habitationis, libertatis, & olim etiam optionis, quam immutatam esse a Justiniano supra ostendimus, §. 622.

§. DCXXXII.

Legatum Ex Die, vel In Diem relictum est, cui terminus vel a quo, vel ad quem adjectus est. E. g. Titio legatum *ex die* relictum est, quando certum tempus additur, tamquam terminus a quo: e. g. Titio lego domum meam post decennium a morte mea. Contra *in diem* legatur quoties tempus adjicitur legato, tamquam terminus ad quem: e. g. Titio hortum lego per decennium. Priore casu, si dies certus est, dies legati statim cedit, sed nonnisi post decennium venit: posteriore statim & cedit & venit dies. Quid vero, si dies is incertus sit, adeo ut nondum constet an exstiturus sit? Resp. Tunc dies pro conditione habetur, ceu jam observavimus supra §. 554. *L. 75. ff. de condit. & demonstr.*

§. DCXXXIII.

Google

## §. DCXXXIII.

De Legato Conditionali nihil est, quod addamus. Omnia enim occupata jam sunt supra, ubi de heredis institutione actum, §. 545. seq. Unica notanda est regula: Legati conditionalis dies nec cedit nec venit ante existentem conditionem, *L. 4. §. 2. ff. quando dies legati cedat.* Ex quo sequitur, ut si ante conditionem legatarius moriatur, ille nihil plane ad heredes suos transmittant, sed legatum plane expiret.

## §. DCXXXIV.

Sub Demonstratione legare dicitur testator quoties vel personæ vel rei legatæ addit descriptionem, e. g. Titio, qui res meas administravit, lego 100. Mævio lego domum, quam a Sempronio emi. De hujusmodi legato observandum, falsam demonstrationem illud non vitiare, modo de persona, vel re aliunde constet. Hinc si vel maxime falsum sit, Titium defuncti negotia administrasse, vel domum a Sempronio esse emptam: nihilominus tamen legatum utile, effectumque suum sortietur, §. 30. *Inst. h. t.*

## §. DCXXXV.

Sequitur legatum Sub Caussa relictum. Per caussam autem hic intelligimus impulsivam, quam testator in testamento exprimit; e. g. Titio, quia caussas meas in foro egit, do, lego 100. Hic eadem obtinet regula: falsa caussa legatum non vitiat, §. 31. *Inst. h. t.* Quia enim testator est instar legislatoris, legi autem parendum est, etiamsi legislator falsam caussam allegaverit, idem & in legatis obtinet. Exceptio tamen est, si testator in caussa erraverit, & heres probare posset testatorem non fuisse legaturum, si rem rectius scivisset; tunc enim hujusmodi le-

gatum nullius momenti est. *L.* 72. §. 6. *ff. de condit. & demonstr.*

§. DCXXXVI. seq.

Denique Sub Modo legatum dicitur relinqui, quando certus finis exprimitur, ad quem legatum relinquitur; e. g. Titio 300. do lego, ut doctor fiat. Hujus legati dies & cedit statim & venit, modo cautionem præstet legatarius se isti fini satisfacturum, aut si non satisfaciat, se legatum redditurum. *L.* 40. 80. *ff. de condit. & demonstr.*

§. DCXXXVIII.

Quamvis vero magna sit testatorum libertas, prohibita tamen sunt *legata captatoria*, & veteri jure *pænæ nomine relicta*. CAPTATORIA dicuntur, quando quis alteri legatum relinquit sub conditione, ut alter etiam sibi relinquat; tunc enim vere captat alterius bona; e. g. Titio, si mihi totidem legaverit, 1000. florenos do, lego. Quum ergo hoc legato nihil sit turpius, illud merito nullum esse jusserunt leges. Ratio est insignis nequitia heredipetarum, qui defunctos captabant quovis modo, quorum artes eleganter descripsit Corn. van Bynkersh. in opusculo *de captatoriis institutionibus*. Non magis olim valebant legata *pænæ nomine relicta*, per quæ intelligitur legatum quodvis coercendi heredis caussa relictum, e. g. Titius heres meus, filiam suam si fratri meo uxorem non dederit, principi 10000. solvito. Sed Justinianus §. *ult. Inst. h. t.* ejusmodi legata valere jussit, modo heredi nihil turpe injungatur; e. g. heres meus nisi filium occiderit, Mævio 10000. solvito. Vir ampliss. v. Bynkersh. in opusculo *de legatis pænæ nomine relictis*, Justinianum ne intellexisse quidem putat quid sit legatum pænæ nomine relictum. Illud enim veteribus nihil aliud fuisse, quam quo heres coercebatur, ut turpe aliquid faceret. Sed si dicendum quod

res

res est, excusandus potius videtur Justinianus, siquidem eodem modo ejusmodi legata definit Ulpianus *Fragm. Tit.* 24. §. 17. Sæpe enim testatores stolidi sine omni ratione ridiculum quid injungebant heredi, & nisi voluntati suæ pareret, illum damnabant ut legata solveret. Exemplum hujus stultitiæ egregium exstat ap. Hor. *lib. II. Satyr.* 3. *v.* 84.

Heredes Staberi summam incidere sepulchro;
Ni sic fecissent, gladiatorum dare centum
Damnati populo paria atque epulum, arbitrio Arri;
Frumenti quantum metit Africa.

Ejusmodi ergo legata merito explodebant leges veteres, quamvis Justinianus id mutarit, ut diximus.

## §. DCXXXIX.

Ultima superest quæstio, quæ actiones competant legatariis & fideicommissariis ad legata relicta consequenda? Resp. Tres illis dari actiones. *Prima* est ex quasi contractu, adeoque personalis, & vocatur actio ex testamento. Quia enim heres adeundo hereditatem cum legatariis quasi contrahit §. 596.; hinc legatarius agit adversus heredem ad legata cum usuris a tempore moræ solvenda. *Secunda* est actio rei vendicatoria, adeoque realis. Cum enim dies legatorum cedat a tempore mortis testatoris, dominium etiam rei legatæ statim transit ad legatarium §. 606. 3; & hinc tamquam dominus vindicat rem a quocumque possessore. *Tertia* actio est hypothecaria, vel quasi Serviana, quæ ideo competit legatariis, quia habent tacitam hypothecam in omnibus bonis hereditariis. Quamvis vero hæ tres actiones omnino dentur legatario, facile tamen patet rei vindicationi non esse locum, nisi ubi certa species legata sit; siquidem genus & quantitas tamquam res incorporalis vindicari nequeant.

TIT.

## *TIT. XXI.*

## DE ADEMPTIONE ET TRANSLATIONE LEGATORUM.

### §. DCXL.

Servat institutum suum Justinianus, & quum hactenus actum sit de modo, quo legata relinquuntur, etiam quæritur, quomodo adimantur & transferantur. Sane voluntas hominum ambulatoria est usque ad mortem, & hinc nullum est dubium, quin testator legatum legatariis adimere, vel illud ad alium transferre possit.

### §. DCXLI. DCXLII. DCXLIII.

Adimi dicitur legatum quando testator, quod antea legaverat, jam non legat; idque fit vel ipso jure, vel ope exceptionis. Ipso Jure adimitur legatum vel verbis, vel factis. Verbis, quando testator posteriore testamento vel codicillis declarat se, quod antea legaverat, jam non legare. *pr. Inst. h. t.* Imo sufficit, si declaratio hæc fiat viva voce præsentibus duobus testibus. Factis adimuntur legata, 1) si ea induxerit vel deleverit, 2) si rem legatam corruperit, vel in aliam formam redegerit. Ubi tamen in *L.* 88. *ff. de leg.* 3. elegans occurrit distinctio, utrum res ad priorem formam reduci possit, nec ne? Si prius, legatum non exstinguitur: e. g. si ex argento, quod legaverat testator, pocula confici jusserit. Posteriore omnino ademptum intelligitur; e. g. si ex lana, quam legaverat, testator pannos conficiendos curarit. 3) Si testator præter necessitatem rem legatam distraxerit, vel alio modo alienaverit. Inde enim nasci præsumptionem, quod legatum legatario adimere voluerit, supra docuimus, §. 615. Hactenus ergo vidimus quomodo legata ipso jure adimantur: videndum, quomodo Per exceptionem id fiat.

Hic

Hic *L.* 3. §. *ult.* & *L.* 4. *ff. h. t.* nobis elegans exemplum suppeditat. Nempe si legatarius cum testatore inimicitias capitales exercuerit, neque umquam cum eo redierit in gratiam. Quis enim credat aliquem inimico suo legatum relinquere voluisse? Unde hanc regulam elicimus: Ubicumque aliquid contingit, ex quo præsumi possit testatorem mutavisse animum, ibi legatum ope exceptionis adimitur. Opponitur enim ab herede legatario generalis exceptio *doli mali*.

## §. DCXLIV.

Sequitur legatorum TRANSLATIO, quæ fieri dicitur quotiescumque mutatio quædam contingit circa legatum. Transfertur legatum quadrupliciter. 1) Ut mutetur persona legatarii, veluti quando Titio legat testator quod Mævio legaverat. 2) Ut mutetur ipsa res legata, e. g. quando testator prius ædes suas legaverat, & pro iis postea legat bibliothecam. 3) Ut mutetur persona, a qua legatur, e. g. si solutio injungitur legatario cuidam, quam ex priori testamento heres facere tenebatur. 4) Ut mutetur ipsa legati natura, vel legandi modus, e. g. ut quum ante pure esset legatum, jam adscribatur dies, vel conditio. Ex quibus patet, vocabulum *transferre* JCtis hic aliud significare quam reliquis auctoribus, idemque esse ac mutare. Circa primum modum transferendi legata unum adhuc observandum videtur, in ea semper repetendum esse nomen proprium prioris legatarii. Alias enim non est translatio legati, sed potius conjunctio utriusque legatarii, *L.* 34. *pr. ff. de legat.* 1. Hinc e. g. si testator dixerit, fundum, quem Titio legavi, Mævio lego, erit legati translatio. Sin vero in priore parte testamenti scripserit, Titio fundum meum do, lego: & in postrema parte, Mævio fundum do, lego: tunc erunt conjuncti, quia Titii nomen non est repetitum.

§. DCXLV.

## §. DCXLV.

Sed quæritur, quomodo translatio fieri debeat? Ademptio enim nonnisi probationem exigebat: imo ut ope exceptionis ademptum videretur legatum, sola sufficiebat præsumptio. An ergo idem in transferendo legato obtinet? Resp. Minime. Qui enim transfert legatum, iste non solum prius adimit, sed & novum relinquit. Non autem potest novum legatum relinqui sine quinque testibus, §. 606. 4. Hoc ideo notandum, quia sæpe contingere potest, ut translato legato nec prior legatarius illud accipiat, nec posterior. Ut ecce, si quis coram tribus testibus dixerit, fundum, quem Titio dedi, Mævio lego: neuter fundum capiet. Non Titius, quia ipsi ademptum est coram tribus testibus: nec Mævius, quia non adfuere quinque testes ad transferendum legatum necessarii.

## §. DCXLVI. DCXLVII.

Hæc de ademptione & translatione legatorum. Subjungimus quædam de modis aliis, quibus legata exspirant. Id autem fit 1) vel ob supervenientem casum, vel 2) quia *lex hujusmodi* legatum pro non scripto habet, vel 3) quia illud tamquam indigno aufertur. I. Casu superveniente legata exstinguuntur ob quinque rationes. (α) Si legatarius ante testatorem decesserit. Dies enim legati cedit a morte testatoris, §. 631. Ergo vivo testatore illud nondum adquisiverat legatarius. Quod nondum habebat, non poterat ad heredes transmittere. Ergo heredes ejus legatum non accipient, adeoque illud expirabit, nisi habeat conjunctum aliquem legatarium, ad quem portio deficiens jure adcrescendi devolvatur. (β) Exspirat legatum rei alienæ, si illam legatarius jam vivo testatore titulo lucrativo adquisiverit, quia duæ caussæ lucrativæ in eamdem personam & eamdem rem non cadunt, §. 612. & seq. (γ) Si legata res perierit. Sed id tantum intelligendum

dum de legata specie, quæ exstincta præstari non potest: non autem de genere & quantitate; de quibus jam supra regulam vidimus, quod numquam pereant, §. 625. Hinc si bovem legaverit testator, isque perierit, adeo evanescit legatum, ut ne corium quidem debeatur. Patitur tamen hæc regula exceptionem; si culpa vel dolus heredis accesserit; quippe quam merito præstare debet. (δ) Si testamentum infirmatum fuerit. Quum enim supra ostenderimus, §. 568. testamenta vel nulla esse, vel injusta, vel si jure facta sint, rumpi, irrita fieri, destitui, rescindi: ad omnes has species regula nostra pertinet, præterquam ad rescissa testamenta. Si enim, querela inofficiosi testamenti instituta, testamentum rescinditur, omnia testamenti capita salva sunt præter heredis institutionem, adeoque tunc legata non evanescunt, §. 584. 7. (ε) Si conditio defecerit. Quum eventus legati hujusmodi a conditione suspendatur, per se patet, deficiente conditione legatum quoque deficere, quippe cujus dies non cedit, nec venit, ante existentem conditionem §. 633. 2) Aliquando lex legata pro non scriptis habet: de quo casu singularis extat titulus, nempe VIII. Lib. 34. Contingit hoc, (α) quia per naturam legatum exitum habere nequit; e. g. si ambigue locutus sit testator, ut intelligi nequeat, *L.* 3. 4. 10. 27. *ff. de rebus dubiis.* (β) Si legatum contra leges relictum sit, e. g. incapaci, deportato, captivo, vel ei, qui in rerum natura non est. *L.* 4. *pr.* §. 1. *de his quæ pro non script. hab.* (γ) Si legatum sit turpe, & denotandi magis legatarii gratia relictum. Ita se habent verba *L.* 55. *de legat.* 1. ubi *denotare* nihil aliud significare videtur, quam ignominia quadam afficere, vel pudorem legatarii lædere; e. g. Titio lego 100. quos adulteræ dare possit. (δ) Si quis sibi ipse legatum adscripserit, quum ad scribendas testamenti tabulas adhibitus esset. Quia enim hujusmodi tabulæ suspicione falsi quam maxime laborant, legatum quoque in hereditate subsidit,

adeo-

adeoque exstinguitur, *L.* 2. 3. *C. de his qui sibi adscr. in test.* 3) Aliquando legatum legatario tamquam indigno aufertur, eaque legata in fiscum incidunt, paucis exceptis casibus. Ceterum toties auferuntur legata, quotis legatarius, delicto adversus defunctum admisso, indignum se hac liberalitate reddiderit, e. g. si testatorem occiderit, vel ei caussam mortis præbuerit, vel nolentem ad testamentum faciendum coegerit. Vid. singularis titulus *de his, quæ ut indignis auf.* qui est *L.* 34. *Tit. IX.*

## *T I T. XXII.*

## DE LEGE FALCIDIA.

### §. DCXLVIII. DCXLIX. DCL.

Hic titulus cum superiore ita connectitur quod, quemadmodum hic nobis ostendit quibus modis legata penitus evanescant, ita titulus de lege Falcidia doceat quomodo legata nonnumquam minuantur, i. e. ad minorem reducantur quantitatem. Ceterum hic titulus complectitur tres partes, quarum *prima* agit de historia legis Falcidiæ, §. 648: *altera* de jure per hanc legem introducto, §. 651—53: *tertia* de caussis ob quas lex Falcidia cessat, §. 654. Quod ad hisroriam adtinet, 1) sæpe monuimus, L. XII. Tabb. cautum fuisse, *paterfamilias uti legassit, ita jus esto*; qua lege latissimam legandi facultatem datam esse testatoribus, Pomponius observat in *L.* 120. *ff. de V. S.* Sed ea latissima facultate pessime abutebantur testatores. Sæpe enim, herede litis caussa instituto, hereditatem tot legatis exhauriebant, ut nullum lucrum ad heredem perveniret; inde vero magnum oriebatur incommodum. Nam & heres repudiabat hereditatem cum nullo lucro conjunctum, & legatarii destituto testamento nihil acci-

cipiebant, & hinc totum corruebat testamentum. Quæ cum ita essent, e re visum est hanc licentiam legandi legibus coangustare, ceu loquitur idem Pomponius dicta *L.* 120 *de V. S.* Tales leges tres exstabant, quarum prima *Furia*, altera *Voconia*, tertia *Falcidia* adpellatur. Furia, cujus jam Cicero meminit, prohibuit ne quis ultra mille asses cuiquam legatario umquam relinqueret, præterquam personis cognatis, & si plus reliquisset, legatarius quadrupli pœnam solveret. Ulpian. *Fragm. Tit.* 1. §. 2. & *Tit.* 28. §. 7. Sed hæc lex parum ad rei summam proficiebat. Si enim testator personis quam plurimis, & singulis quidem mille asses reliquerat; æque exhauriebatur hereditas, ac si paucioribus plus reliquisset. Sequuta est *lex* Voconia, de qua singularis extat & pereruđita diss. Perizonii. Ejus auctor erat Quintus Voconius Saxa, trib. plebis. A. V. C. 684, Quinto Mævio Philippo & Cn. Servilio Cæpione Coss. Videat. Cic. *in Verrin. Ima. c.* 42. Ea lex variis modis coercuit testatorum potestatem. Nam 1) fœminas heredes institui passa non est. 2) Iisdem non semper legatum relinqui permisit. Ac 3) denique (quod caput præcipue huc pertinet,) prohibuit, ne quis ulli legatario plus relinqueret quam ad heredem pervenisset. Sed tamen & hæc lex, observante Theophilo ad *pr. Instit. h. t.*, facile convellebatur. Nam si quis possidens centum aureos, 99. aliis legasset, & heres unum tantum acciperet aureum, satisfecisse videbatur legi Voconiæ. Quis vero ob unum nummum adire voluisset hereditatem? Quum itaque ne hæc quidem lex scopum attingeret; demum sub Augusto, & ejus procul dubio auctoritate, lata est *lex* Falcidia a Publio Falcidio, trib. plebis, A. V. C. 714; ceu totam historiam accurate enarrat *Dio. Cass. L.* 48. *hist. p.* 430. Unde ridiculus est error glossæ, quæ Falcidiam dictam esse existimat legem a *falce*, quia legatis aliquid defalcetur, i. e. detrahatur. Ceterum hac lege prudenter cautum est, 1) ut nemo plus possit le-

legatis exhaurire, quam dodrantem bonorum, i. e. novem uncias, 2) ut si plus relictum esset legatariis, singulis pro tantum detraheretur, ut heres quartam suam salvam habeat. Ipsa verba legitima hujus legis exstant in *L. 1. pr. ff. h. t.*

## §. DCLI.

II. Ut jam ad *alteram* partem progrediamur, de jure per hanc legem introducto, tres præcipue quæstiones nasci possunt: 1) Quis hanc quartam detrahat? 2) Quomodo illa computanda sit? 3) Quibusnam detrahatur?

(1) Si quæras, quis quartam detrahat, ipse legis finis satis ostendit hoc beneficium esse heredibus testamento institutis indultum. Sed quemadmodum, ubi eadem est ratio, ibi eadem juris dispositio esse solet; ita non mirandum est, JCtos porrexisse etiam hanc legem ad heredes ab intestato. *L. 18. ff. h. t.* Nullum enim est dubium, quin hi æque per codicillos legatis onerari possint, quam testamentarii testamento. Ex eo autem principio facile intelliguntur sequentia consectaria. (a) Quod, si plures sint heredes, in singulis Falcidiæ legis ratio ponenda sit. Quorum verborum in §. 1. *Instit. h. t.* occurrentium hic sensus est: quod si plures coheredes sint, omnes simul unam quartam salvam habere debeant, & hinc tantum possint detrahere pro rata, ut quartam portionis suæ accipiant. (b) Quod, si duo sint coheredes, quorum unus plurimis legatis oneratus sit, alter non oneratus, tunc distinguendum sit utrum portio onerata adcrescat non oneratæ, an non onerata oneratæ. Priore casu quarta adhuc detrahi potest, posteriore non potest. *L. 78. 87. §. 4. ff. h. t.* Hujus juris subtilissimi ratio, alias non perspecta, hæc est, quia qui succedit in locum, merito etiam in jus succedere intelligitur. (*c*). Quod istud jus detrahendi neque legatario, neque fideicommissario competat. Hinc si e. g. Titio legati sint 1000., & ipse

jus-

jussus sit pro aliis solvere, nihil potest detrahere, quamvis ne tertiam quidem partem salvam habeat, quia hoc beneficium non est concessum legatariis, sed heredibus. Et eadem quoque ratio militat contra fideicommissarios, quippe qui jure nostro non sunt heredes, quamvis hereditatem acceperint.

## §. DCLII.

(2) Si quæras, quomodo computanda sit illa quarta Falcidia? duo observanda erunt axiomata. 1) Quod quantitas patrimonii consideretur, qualis fuit tempore mortis testatoris. 2) Quod non intelligatur patrimonium nisi detractis quibusdam, ad quæ obligatur est heres. Ex *priore* axiomate fluit conclusio, quod si mortuo testatore patrimonium augeatur, illud non prosit legatariis, & si idem imminuatur, istud iisdem non obsit. *L.* 73. *ff. h. t.* Hinc si e. g. tempore mortis testatoris reperti sint 12000. floreni, & testator legatariis reliquerit 11000., postea autem per lotariam, vel reditus ex metalli fodinis patrimonium augeat ad 20000: heres nihilominus quartam detrahere potest. Ex *posteriore* axiomate colligimus rationem quartæ Falcidiæ tunc demum ponendam esse, si detractum sit (a) aes alienum; (b) impensæ funeris; (c) pretia, quæ jussu testatoris pro servis ab alio manumittendi solvenda erant; (d) sumptus in aditione hereditatis facti; quo etiam sumptus in inventarium facti pertinent. Hisce omnibus detractis tunc demum quartam ejus, quæ superest, salvam habere debet heres. Quod si vero dicant legatarii, quamvis heres quartam non habet salvam ex bonis testatoris hereditariis, eum tamen jam a testatore tantum accepisse per legata & donationes, ut quartæ nihil desit, an nihilominus ejus detractioni locus sit Resp. Omnino; quia in quartam Falcidiam nihil computatur, nisi quod heres habet titulo institutionis honorabili. Quo ipso hæc quarta differt a quarta Tre-

Trebelliana, in quam omnia computantur quæ heres quocumque titulo a testatore acceperit, *L.* 18. §. 1. *ff. ad SCtum Trebell.* §. 669.

§. DCLIII.

(5) Æque facile ultima quæstio solvitur, nempe quibusnam hæc quarta detrahenda sit. Sufficit unica regula. Quicumque per ultimam voluntatem titulo singulari aliquid accipiunt, illis quarta detrahitur. Ergo detrahi potest legatariis, fideicommissariis singularibus, quos Justinianus per omnia exæquavit legatariis, §. 606. 2; imo & donatariis morti caussa, quia & hæc donatio ultimis voluntatibus similis est, §. 456. Contra, quum donatio inter vivos non sit ultima voluntas, sed pactum; facile patet, ad eam legis Falcidiæ dispositionem non pertinere.

§. DCLIV.

Reliqua est III. ultima pars tituli, quæ agit de caussis, ob quas lex Falcidia cesset. Tales caussæ hic undecim recensentur. 1) Si maritus uxori dotem relegavit. Tunc enim detrahere nihil potest heres, quia uxoris dos debetur integra, etiamsi non fuisset legata. 2) In testamento militis lex hæc cessat, quia ei omnes sollemnitates internæ & externæ remissæ sunt, §. 503. 7. 3) In rebus per testatorem alienari prohibitis. Quia enim hic legatarius rem accipit cum onere, iniquum videretur eum duplici onere gravari. 4) Si heres dolose in hereditate versatus sit. Tunc enim de viribus hereditatis non constat, adeoque nec quarta potest computari. 5) In legatis ad pias caussas, quia horum insignis est favor. 6) In legata libertate, quippe quæ æstimationem non recipit. 7) Si vel testator detractionem prohibuerit, vel 8) heres sive sponte, sive per errorem juris legata integra exsolverit. Sed prohibitionem testatori, contra finem & regulas hujus legis, primus permisit Justinianus (*Nov. l. c.* 2. 9.). Si heres dolo-

Google

dolose fecerit, ut fideicommissum interciderit, dolo enim jura numquam adsistunt. 10) Si defunctus heredi jam vivus satisfecerit, dato illi aliquo, quod æstimationem quartæ contineat. E. g. dono tibi hoc prædium meum ea lege, ne legatariis quidquam detrahas. 11) Si heres inventarium non fecerit. Quomodo enim tunc detrahi posset quarta, quum de viribus totius hereditatis constare nequit, nisi ex inventario?

## TIT. XXIII.

## DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS, ET AD SCTUM TREBELLIANUM.

### §. DCLV.

Expendimus hactenus duas species ultimarum voluntatum, hereditatem testamentariam, & legata: reliqua est tertia, puta, *fideicommissa*; de quibus in reliquis hujus libri titulis disputantur.

Fidei alterius non possumus alio modo quidquam committere, quam verbis precativis. Et inde statim fluit definitio. FIDEICOMMISSUM est, quod *verbis precativis s. obliquis relinquitur*. De hereditatibus & legatis aliud vidimus. In illis requirebantur verba directa & civilia, i. e. imperativa, quia legare erat legem dicere rebus suis. Absurde ageret legislator, qui verbis precativis uteretur. Ceterum originem fideicommissorum nobis ipse Justinianus ostendit §. 1. *Inst. h. t.* Inventa enim sunt in fraudem legum; nam quibus hereditatem vel legata relinquere non poterant, iis aliquid relinquebant per modum fideicommissi. Id quod postea mutatum esse per SCtum Plancianum, docuimus in *Comment. ad Leg. Jul. & Pap. Lib. II. c. 6. p.* 192.

### §. DCLVI. DCLVII.

Vidimus, quid sit fideicommissum. Jam porro quæritur quotuplex sit. Dividitur in UNIVERSALE & SINGULARE. *Universale* est, quando alicui vel

tota

tota hereditas vel ejus pars per modum fideicommissi relinquitur; unde ejusmodi fideicommissum in rubrica tituli nostri eleganter vocatur *hereditas fideicommissaria*. *Singulare*, quando res singularis, veluti gemma, species aut quantitas per modum fideicommissi relinquitur. De hoc tit. seq. agemus. De universali hic observandum, ad illud semper requiri tres personas. Nam 1) qui relinquit fideicommissum, vocatur *fideicommittens*. 2) Cui injungitur, ut hereditatem sibi relictam restituat, vocatur *heres fiduciarius*; quia in ejus fide singularem fiduciam collocavit testator. 3) Denique is, cui restituitur hereditas, est *heres fideicommissarius*, qui tamen jure stricto civili non est heres, nec in jus defuncti transit, sed tantum hereditatem, & res hereditarias accipit. *L*. 88. *ff. de her. instit.*

§. DCLVIII.

Hæc prima est fideicommissorum divisio. Sequitur altera, quod fideicommissum sit vel expressum vel tacitum. Expressum est, *quando verbis expressis & disertis alicui injungitur, ut hereditatem ejusve partem restituat*. E. g. Sicilius rogat Atticum, ut hereditatem sibi relictam restituat Ciceroni. Tacitum, quando restitutionis non fit mentio, & tamen heredi aliquid injungitur, unde colligi potest eum restituere debere. E. g. Atticus heres esto, sed ea lege ne testamentum faciat. Tunc enim perinde est ac si dixisset, togo Atticum ut hereditatem restituat proximis agnatis. Hoc modo sæpissime constituuntur fideicommissa familiarum illustrium, quoties sc. testator bona hereditaria hoc fideicommisso gravat, ut ea semper maneant penes familiam. Si ergo tunc ita cautum est, ut senior familiæ bona ista possideat, vocatur *Senioratus*: sin ordo ab intestato observatur, ita tamen ut semper frater major præferatur junioribus, *Majoratus* adpellatur. De hisce fideicommissis familiarium accurate egit Feltmannus in tract. *de pactis familiarum illustrium.*

§. DCLIX.

§. DCLIX. DCLX.

Ex hisce principiis jam facile patet, 1) quis possit fideicommittere? nempe, quicunque potest testamentum condere. Debet enim disponere posse de hereditate sua; quod non possunt filius familias, servus, peregrinus, aliique, de quibus supra actum L. II. T. 12. 2) A quibus fideicommitti possit? nempe ab omnibus, qui hereditatem vel ejus partem titulo institutionis honorabili acceperunt. Nemo tamen potest magis onerari, quam est honoratus. Et hinc absurdum est fideicommissum, si quis heredem instituisset in triente, eumque rogaret, ut totam hereditatem restituat. Illud autem fieri omnino potest, ut & fideicommissario injungatur restitutio, e. g. Titius heres esto, sed rogo, ut restituat hereditatem Mævio; Mævius eandem restituat Sempronio, & ita in infinitum. 3) Quibus per fideicommissum aliquid relinqui possit? nempe omnibus, quibus est testamenti factio passiva, s. qui heredes institui possunt. Hinc si e. g. jussus essem hereditatem restituere collegio musico, nullius momenti futurum esset hoc fideicommissum, quia collegium illicitum institui nequit, §. 549. 5. 4) ubi fideicommitti possit: nimirum vel in testamento vel in codicillis? Quia enim fideicommissarius jure civili stricto non est heres, §. 657. 2: non mirum est, fideicommissum & in codicillis dari posse, quum tamen dari non possit hereditas. Accedit, quod aliquando moriens testamentum plane non condit, sed hereditatem relinquit heredibus ab intestato: tunc sane & illos fideicommisso onerare potest in solis codicillis. Ex hoc ergo patet fideicommissum in se nullam requirere sollemnitatem, sed tantum quinque testium præsentiam. Imo aliquando ne testibus quidem opus est, si testator fiduciario heredi præsenti injungat, ut restituat hereditatem. Nam si tunc heres negat sibi id injunctum esse, poterit ipsi deferri jusjurandum, §. *ult. Inst. h. t.* 5) Quomodo fideicommitti possit? Nimirum id fit vel pure, vel sub conditione, vel in diem. Et

 hinc

hinc denuo notanda differentia inter hereditatem & fideicommissum. Hereditas enim non potest ex die relinqui, §. 544. §. 9. *Inst. de hered. inst.*; fideicommissum autem potest, §. 2. *Inst. h. t.* Ratio differentiæ latet in regula satis nota: nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere, *L.* 7. *ff. de R. J.* Jam vero id fieret, si hereditas in diem relinqueretur: non autem id fit, si in diem relinquitur fideicommissum.

§. DCLXII. DCLXIII.

Jam insignis oritur quæstio, an heres obligetur ex fideicommisso? Hic observandum olim nullam natam esse inde obligationem, sed pudori tantum heredis relictum fuisse, velitne an nolit, fideicommissum præstare. Id quoque non abhorret a juris principiis. Sola enim alterius rogatio me nunquam obligat, nisi ipsi fidem dederim; quia omnis obligatio aut ex consensu, aut ex delicto nascitur. An autem fiduciarius fidem suam obstrinxerat testatori, se facturum quod rogatus esset? Et ita sese res habuit usque ad tempora Augusti. Refert enim Justinianus in *pr. Inst. de codicill.* Lucium Lentulum, in Africa morientem, Augustum & filiam suam heredes instituisse, illosque per codicillos rogasse, ut varia fideicommissa præstarent. Augustum autem non omnia modo præstitisse, sed & consilio Caj. Trebatii JCti eximii statuisse, ut in posterum obligati essent heredes fideicommissa præstare. Quia hæc historia numquam nisi in Institutionibus nostris narratur, sunt qui eam plane falsam existiment, maxime quia non occurrit in fastis Lucius Lentulus. Sed hoc dubium primus sustulit Reinesius in *Inscript. Class.* 10. *n.* 3 *p.* 597., ubi egregie docet ex marmore hunc Lucium Lentulum A. V. C. 751. cum Marco Messalla consulem fuisse. Primo vero hoc negotium dederat consulibus Augustus, ut heredes cogerent ad fideicommissa: postea & Claudius duos prætores fideicommissarios creavit, qui de nulla alia re, quam de fideicommissis jus dicerent. *Suet. Claud. c.* 23. Attamen & post Claudii tempora concurrentem circa

ca hereditates fideicommissarias fuisse consulum & prætorum jurisdictionem, constat ex Ulp. *Fragm. Tit. XXV.* §. 12. Quintil. *Inst. Orat. Lib. III. c.* 6.

§. DCLXIV. DCLXV.

Quamvis vero prudenter ita sanxisset Augustus, aliud tamen longe majus inde natum est incommodum, ut testamenta pleraque destituerentur. Quia enim heres succedit in omne jus defuncti, tenetur etiam aes alienum exsolvere. Quis vero esset tam stolidus, ut hereditatem adire vellet, quam se sciat restituere debere ita, ut apud se nihil præter aes alienum remaneat? Hinc sane fiebat, ut plerique mallent hereditatem repudiare, quam retento onere aeris alieni omne lucrum alii relinquere. *L.* 1. §. 2. *ff. ad SC. Trebell.* Jam si hoc fiebat, nec heres quidquam accipiebat, nec fideicommissarius, sed totum corruebat testamentum, resque ad caussam intestati redibat. Quod cum votis morientium, quibus maxime favent leges, adversaretur: senatus sub Nerone in medium consuluit, possitne aliquod huic incommodo remedium invenire. Et hoc consilio conditum est SCTUM TREBELLIANUM A. V. C. 714. K. Sept. L. Annæo Seneca, cujus opera philosophica exstant, & Trebellio Maximo consulibus suffectis. Hoc SCto cautum, 1) ut si heres ex fideicommisso hereditatem restituerit, non ipse solus aes alienum solveret, sed fideicommissarius, & quidem pro rata. Quod si igitur heres totam hereditatem restituere jussus erat, etiam totum aes alienum solvere tenebatur fideicommissarius. Sin partem, pro illa parte etiam obligationes transibant in fideicommissarium. Adeoque si e. g. heres retinuisset quartam partem, etiam quartam partem aeris alieni solvebat; de reliquo conveniendus erat fidecommissarius. Ita intelligendum est SCtum Trebellianum, quod describitur in *L.* 1. *ff. de SCto Treb.* §. 4. *Inst. h. t.*

§. DCLXVI. DCLXVII.

Enimvero ne sic quidem res in vado erat. Quamvis enim ita indemnis præstaretur heres,

quippe onere solvendi aes alienum sublevatus: ita tamen homines natura comparati sunt, ut sine spe lucri nolint aliquid facere. Hinc & sic repudiabant hereditates fiduciarii, quia licet damnum illis non immineret, tamen nec lucrum ullum restituta tota hereditate sperare poterant. Quare denuo de remedio cogitavit Senatus sub Vespasiano. Annus ignoratur, quamvis Coss. nomina servarit jus nostrum. Consules suffecti tunc fuere Pegasus ille celeberrimus JCtus, a quo Pegasiani nomen tulerunt si & Pusio. Sed quo anno isti fasces tenuerint, ex fastis non constat. Ceterum a priore Consule SCtum nomen accepit, dictumque est *Pegasianum*. Eo duo caventur: 1) Ut cogatur heres hereditatem adire & restituere; 2) Ut, si totam hereditatem, vel maximam ejus partem restituere jussus sir, quartam saltem partem salvam habeat, sique salvam eam non haberet, eam detrahere possit exemplo Falcidiæ, §. 2. §. 6. *Inst. h. t.* Talia erant hæc SCTA. Utrique aliquid deerat: Trebellianum indemnem præstabat heredem, sed ei nullum lucrum concedebat: Pegasianum de lucro ei prospiciebat, sed indemnem non præstabat. Hinc illis temporibus dispiciendum erat heredi, salvamne haberet quartam, an non haberet? Si salvam haberet, hereditatem restituebat ex SCto Trebelliano; & sic aes alienum inter eum & fideicommissarium dividebatur. Si quartam non haberet salvam, eam detrahebat ex SCto Pegasiano, sed tunc omne aes alienum solvere tenebatur, nisi stipulatione interposita obligasset fideicommissarium, ut aliquam ejus partem in se susciperet, §. 6. *Inst. h. t.* Qua in re facile poterat uterque decipi, si ignotum vel dubium esset quantum aeris alieni in hereditate laterer.

§. DCLXVIII. — DCLXXI.

Hoc cum animadverteret Justinianus, & ipse de emendatione cogitavit, & tunc utrumque SCtum, Trebellianum & Pegasianum, veluti in unum conflavit. Ipsa constitutio in eam rem edita non exstat, cum codice Justinianeo deperdita.

Sed

Sed ejus materiam in brevi summa complexus est §. 7. *Inst. h. t.* Nimirum voluit ut in posterum pro uno SCto haberentur, & ita quidem, ut abolito nomine SCti Pegasiani, tantum Trebellianum vocaretur; quod procul dubio ideo ipsi ita placuit, quia magis Sabinianis faveret quam Proculejanis, quorum scholam in primis rexerat Pegasus. Hinc ergo est, quod hodie non extat in ff. Tit. de SCto Pegasiano, sed tantum de Trebelliano. 2) Quod quarta ab herede detrahenda Trebellianica, non Pegasiana vocetur, quum tamen antea id nomen ferret. Ceterum ex illa commixtione duorum SCtorum sequitur, 1) ut fiduciario liceat quartam detrahere: si eam salvam non habet, vel si eam ex errore facti solverit, condictione indebiti repetere, §. 7. *Inst. h. t.* Diximus hoc introductum esse exemplo quartæ Falcidiæ, inter quam tamen & hanc quartam Trebellianicam hæ differentiæ sunt, 1) quod illa legatariis & fideicommissariis singularibus, hæc fideicommissariis universalibus detrahitur. 2) Quod in illam nihil imputatur, nisi quod heres titulo institutionis honorabili accepit: in hac, quicquid ad heredem quocumque titulo a testatore pervenit, imo & fructus ex illa re percepti, *L.* 18. §. 1. *L.* 22. §. 2. *ff. ad SCtum Trebell.* Ceterum eam quartam detrahit heres fiduciarius, adeoque non fideicommissarius, si is jussus est alii restituere. Hinc si Titius relicta hereditate 20000. florenorum heredi primo injunxerit, ut hereditatem restituat secundo; secundo, ut eamdem restituat tertio: primus detrahit 5000., & 15000. fl. restituit; at secundus restituit universos 15000. flor., & sibi nihil retinet. *L.* 2. §. *ult. ff. eod.* Nobilis hic oritur quæstio, an si filius vel nepos a patre vel avo gravatus sit fideicommisso, (quod in legitima fieri nequit) nihilominus ille præter legitimam etiam hanc quartam Trebellianicam deducere possit? E. g. Titius relinquit unicum filium, quem heredem scribit in bonis suis, quæ sunt 30000. millium. Jam quia filius in legitima onerari fi-

deicommisso nequit, iste deducet primum portionem legitimam, i. e. 10000. Sed quæritur, an ex reliquis 20000. etiam quartam Trebellianicam detrahat? Jure Canonico id affirmant in duobus capitulis celeberrimis *Rainutius & Rainaldus X. de testam.* Sed jure civili id plerique negant, quamvis perperam, ut mihi videtur. Nam 1) in *L.* 5. *C. ad SC. Treb.* dicitur, antequam quarta Trebellianica detrahatur, deducendum esse aes alienum. Atqui in *L.* 8. §. 8. *ff. de inoff. testam.* legitima vocatur *quartæ debitæ portionis*, adeoque ratione patris est veluti aes alienum. 2) Ejus juris non obscura vestigia sunt in *L.* 6. *pr. C. SC. Trebell.* ubi filio non modo quarta Trebellianica, sed & Falcidia conceditur, per quam in ea lege portio legitima intelligitur, quam per legem Falcidiam introductam diximus ad §. 527. 1., ut obligationes inter fiduciarium & fideicommissarium pro rata dividantur: i. e. quantam partem retinet fiduciarius, tantam partem aeris alieni exsolvere tenetur, & quanta pars pervenit ad fideicommissarium, tantam partem aeris alieni solvit, §. 7. *Inst. h. t.* Cessat hæc tamen conclusio, (α) si quis in re certa heres institutus reliquas restituere jussus sit. Nam in illa re certa pro legatario habetur; legatarius autem nihil aeris alieni solvit, §. 9. *Inst. h. t.* (β) Si coactus hereditatem adiit fiduciarius. Tunc enim indignus videtur eo beneficio, quod leges indulgent pro fide testatori præstita. §. 7. *Inst. eod.* 3) Ut heres ad adeundam, restituendamque hereditatem possit cogi, §. 7. *Inst. h. t.* Quum enim alias ipsa æquitas nobis commendet regulam, *quod tibi non nocet, & alteri prodest, ad id es obligatus*: quanto magis obligatum dixeris eum, quem leges non modo indemnem præstant, & lucro aliquo munerantur, nempe ut quartam hereditatis totius sibi detrahere possit, si sponte adeat?

§. DCLXXII.

Vidimus hactenus quid sit quarta Trebellianica, & quando possit detrahi. Superest ut videamus, quando cesset illa detractio? Cessat ergo 1) in testa-

stamento militis, quia ejus voluntas qualiscumque per omnia adimplenda est, *L.* 7. *C. ad Leg. Falcid.* 2) Si testator eam detractionem prohibuerit. *Nov. I. c.* 2. §. 2. Sed id Justinianum contra mentem, ipsaque principia legislatorum introduxisse jam supra §. 666. docuimus. Nam sane cum quarta Falcidia & Trebellianica non in favorem testatoris, sed in favorem heredis instituti inventa sit: quomodo potuit salvo jure testatori indulgeri, ut juri in favorem alterius introducto renuntiaret? Et tamen id indulsit *Nov. I.* Justinianus. 3) Si heres ex ignorantia juris hereditatem universam restituerit, *L.* 9. *C. ad Leg. Falcid.* Quamvis enim alias ea, quæ indebite soluta sunt, possit condictione indebiti repeti, id tamen non procedit in iis, quæ ex errore juris soluta sunt, *L.* 10. *C. L.* 9. *pr. ff. de jur., & fact. ignor.* sed tantum in iis, quæ quis ex errore facti indebite solvit. Hinc e. g. si quis totam hereditatem restituir, quia ignorat sibi hoc beneficium SCti Trebelliani in mundo esse, id quod ex errore solvit, non potest repetere. Sin ideo restituit hereditatem totam, quia putavit testatorem fuisse militem, quum talis non fuerit, repetere potest, quod ultra dodrantem restituir. 4) Si inventarium facere neglexerit. Et 5) si quartam jam habeat judicio testatoris. Sed de hisce duobus casibus jam ad Tit. de L. Falcid. §. 654. 1051. diximus. 6) Si coactus adierit hereditatem, §. *Inst. h. t.*, de quo casu in antecedente §. egimus.

## *TIT. XXIV.*

## DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

### §. DCLXXIII. DCLXXIV.

Egimus de fideicommissis universalibus, quæ Justinianus eleganter vocabat *hereditates fideicommissarias:* sequuntur *fideicommissa singularia*, sed de

de quibus breviter admodum agimus. Ratio est, quia jam supra §. 606. r. monuimus, Justinianum hæc fideicommissa & legata per omnia ita exæquasse, ut nulla inter ea sit, quod ad effectum adtinet, differentia. Quæcumque ergo jura notavimus de legatis, ea & de fidecommissis valent. Qui legare possunt, etiam fideicommittere: quibus legatur, iis & fideicommittitur: quæ legantur, eadem & fideicommisso relinquuntur. Ut paucis dicamus, adeo per omnia exæquata sunt legata & fideicommissa, ut totus titulus satis prolixus de legatis hic esset repetendus, si de fideicommissis singularibus per omnes questiones agere vellemus.

## §. DCLXXV.

Quamvis vero in effectu juris nullam amplius inter legata & fideicommissa singularia agnoscamus differentiam, aliqua tamen adhuc superest. 1) *In verbis.* Quæ enim verbis imperativis relinquuntur, legata: quæ verbis precativis, fideicommissa vocamus, §. 2. *Inst. h. t.* 2.) *In modo* fideicommittendi. Legata enim non possunt sine 5. testium præsentia relinqui. At in fideicommissis nulli testes requiruntur, si heredem præsentem rogaverit testator, ut fideicommissum præstet, *L. ult. C. de fideicomm.* Si quæras, quomodo probari possit, testatorem fideicommisisse, si nulli plane testes adfuerint? responsio ex eadem lege desumi potest, nempe posse heredi deferri jusjurandum, an non fidei ejus commissum sit? quo non præstito illud omnino erat præstandum. At, inquis, & pejerasse potest? Resp. Tunc lingua solvit. Non aliud est medium eruendæ veritatis. Jusjurandum, ipso teste Apostolo, est omnis jurgii finis.

TIT.

## TIT. XXV.

## DE CODICILLIS.

### §. DCLXXVI.

In doctrina de ultimis voluntatibus nihil reliquum est præter titulum *de* Codicillis. De his vero ideo hoc ultimo loco agitur, quia uti hereditates per solum testamentum, ita legata & fideicommissa etiam per codicillos, tamquam quasi testamenta, relinqui possunt. Hic considerandum erit, 1) quid significet vocabulum codicillus? §. 677. 2) quæ sit codicillorum origo? §. 678. 679. 3) quid & quotuplices sint? § 680. 681. 4) quomodo fiant? §. 682—84 5) quid sit clausula codicillaris? §. 685—87.

### §. DCLXXVII.

I. Quod ad significationem adtinet, codicilli sunt idem ac *epistolæ*; & ita frequenter hoc vocabulo utitur Cicero, *L. IV. ep.* 12. *L. VI. ep.* 18. *Lib. VII. ad Att. ep.* 8. Et hinc etiam codicilli principum sunt rescripta, s. epistolæ imperatorum. *L.* 41. *ff. de excus. L.* 1. *C. ut omn. jud.* Sueton. *Claud. c.* 29. In primis tamen eo vocabulo notantur epistolæ, quæ non ad absentes, sed ad eos qui in eadem urbe habitant, mittuntur: quales epistolas vocare solemus *billets*. Et huc pertinet locus elegans Senecæ *ep.* 55., quem in ipso §. recensuimus.

### §. DCLXXVIII. DCLXXIX.

II. De origine codicillorum eadem omnia repetenda, quæ supra §. 663. de origine fideicommissariorum duximus. Nimirum 1) sæpe testatores codicillos scribebant ad heredes, quibus illis aliquid injungerent faciendum, vel dandum. Et ii codicilli forma epistolarum erant scripti, adeo ut etiam in iis formulam sollemnem epistolicam repetiamus: Luc. Titius Sejo heredi suo salutem. *L.* 56. *ff. de fideicommiss. hered.* 2) Quemadmodum

dum vero epistola neminem obligat ad faciendum quod est rogatus: ita & in heredum erat potestate an parere vellent codicillis, nec ne, usque ad tempora Augusti. 3) At quemadmodum sub Augusto necessitas fuerit imposita heredibus ea faciendi quæ rogati essent, jam supra §. 663. ostendimus, ubi totam historiam L. Lentuli, Augustum heredem scribentis, eique fideicommissa codicillis injungentis, illustravimus. Addi hic potest doctiss. Nic. Hieron. Gundlingii diss. *de C. Trebatio Testa Jto.*

§. DCLXXX. DCLXXXI.

III. Progredimur ad definitionem & divisionem. CODICILLI sunt *minus sollemnis testatorum, intestatorumve voluntas.* Itaque testamenta & codicilli in eo conveniunt, quod utraque sunt voluntas, sed differunt 1) quod testamentum est voluntas ultima *justa* vel *sollemnis*: hæc *minus sollemnis.* 2) Quod ubi testamentum conditur, ibi heredes ab intestato succedere nequeunt; codicilli autem fieri possunt, sive quis testatus, sive intestatus decedere velit. 3) Quod in testamento caput & fundamentum est heredis institutio, in codicillis autem heres institui non potest, sed tantum legari & fideicommitti. Hinc porro facile patet quotuplices sint codicilli. Alii sunt *scripti*, qui in litteras rediguntur; alii *nuncupativi*, qui viva voce proferuntur. Quamvis enim codicilli sint epistolæ §. 677., & alias contradictionem involvere videatur epistola ore prolata, hic tamen sic dicendum, quia codicillorum hæc divisio exemplo testamentorum recepta, quæ iisdem in *scripta* & *nuncupativa* dispesci diximus, §. 591. Deinde & altera observanda divisio, quod codicilli fiant vel *testato*, vel *ab intestato*, §. 1. *Inst. h. t.* Illi fiunt, si testamentum conditum est: hi, si sine testamento decedit. Illi vocantur etiam *codicilli testamento confirmati*, sive testamentum codicillos præcedat, sive subsequatur eosdem. Nec interest, sive in testamento eorum mentio fiat, sive non fiat, §. 1. *Inst. h. t.* Cui

non

non obstat *L.* 5. *ff. h. t.* Vult enim tantum Papinianus, quod testamentum codicillis prius factis non debeat repugnare.

§. DCLXXXII—DCLXXXIV.

VI. Quod ad jura codicillorum adtinet, illa ex ipsa eorum definitione fluunt. Ex ea enim colligimus, 1) qui testamentum facere non potest, eum nec posse codicillos facere. *L.* 6. §. 3. *L.* 8. §. 2. *ff. de jur. codic.* Nam codicilli nihil aliud sunt, quam testamenta minus sollemnia. 2) In codicillis heredem institui non posse. Heredis enim institutio est aliquid sollenme, adeoque sine adhibitis sollemnitatibus fieri nequit. Ex quo etiam patet, nec exheredationem, nec substitutionem in codicillis fieri posse. *Lex* 6. *pr. L.* 10. *ff. h. t.* Quid ergo potest in codicillis fieri? Legari, fideicommitti, mortis caussa donari; immo & tutor dari potest in codicillis tesramento confirmatis, §. 213. 2. Si in codicillis testamento haud confirmatis datus est, non quidem recte datus est, sed confirmari tamen solet a magistratu, §. 216. Vid. *L.* 3. *pr. ff. de test. tut. L.* 1. §. 2. *ff. de confirm. tut.* 3) Codicillos plures fieri posse, modo sibi invicem non contradicant, §. 3. *Inst. h. t.* In testamentis aliud obtinet, quia nemo paganus cum duobus testamentis decedere potest §. 491. 4. & hinc posterius semper rumpit prius. At in codicillis, quia non de universis bonis disponimus, facile possunt & plures exitum reperire. 4) Nullam in codicillis exigi sollemnitatem. Atqui fatemur ipsi requiri 5. testium præsentiam. *L.* 20. §. 6. *ff. qui test. fac.*, vel in cæci testamento 6. testium fidem, *L. C. qui test. fac.* Enimvero testes hi non sollemnitatis, sed probationis caussa adsunt. Et hinc nec sollenniter rogati esse debent, & mulieres adhiberi possunt, ceu contra clar. Reinoldum in scholiis ostendimus. Illud adhuc monemus, in testamentis testes non esse posse heredes, sed legatarios, in codicillis contra admitti heredes, non legatarios. Ratio est, quia in testamento res inter testatorem & heredem, in

co-

codicillis inter testatorem & legatarios geri videtur. Neutro autem casu aliquis testis esse potest in propria caussa. §. 10. 11. *Inst. de test. ordin.*

## §. DCLXXXV—DCLXXXVII.

V. Superest quæstio, quid sit *clausula codicillaris?* & quem illa effectum habeat? Clausula illa adjungi solet testamentis, & ita se habet: *Si testamentum non valebit tamquam testamentum, volo ut valeat jure codicillorum.* Ita se habet hæc clasula in *L.* 41. §. 3. *de vulg. & pupill. subst.* Quod notarii addunt, *valeat ceu legatum, fideicommissum, donatio mortis caussa, vel quocumque meliore modo valere poterit*: id partim frustraneum, partim supervacaneum est. Ceterum huic clausulæ tantum effectum tribuunt, ut eam pragmatici *herbam betonicam* vocent, quæ omnes morbos sanet testamentorum. At nos ostendimus non sanare eam 1) defectum sollemnitatis internæ, e. g. præteritionem liberorum. 2) Defectum voluntatis. Nam si e. g. testator coactus sit testari, vel non fuerit sanæ mentis, nihil proderit hæc clausula. 3) Defectum aditæ hereditatis. Nam repudiata hereditate testamentum fit destitutum, & corruit, si vel mille huiusmodi clausulis munitum sit. Et quem usum ergo habet hæc clausula? Ut si 5. testes adsint, testamentum valeat tamquam fideicommissum, *L.* 29. §. 1. *ff. qui test. fac. poss.* Omnes reliqui effectus, de quibus Gailius, Strykius, Sandius gloriantur, merum sunt commentum JCtorum.

*FINIS TOMI I.*

2511692 D

Liberi Su

Fig. 1. Corsus, Stichu

Recta linea Fi

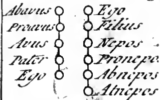
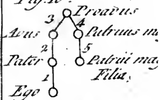


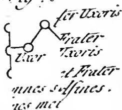

Fig. 10.



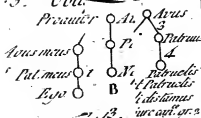

Ego et Patrui mag
Filia distamus jure c
gradu 5to. jure can.co gra

...to Fig. 3

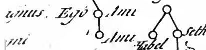
Divino




...5. Obli...




...13.




...uinus.

...mi



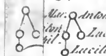

Fi...

...mi

...ivili

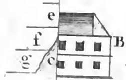
...du 3°.

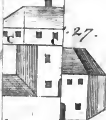
m: I. Tab: II.












Digitized by Google




B.10.5.424

niveau)